UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

DROIT ROMAIN

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

DROIT FRANÇAIS

DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 4 Juillet 1893

PAR

EUGÈNE FABRE

AVOCAT DU BARREAU DE MARSEILLE

LAURÉAT DE LA FACULTÉ D'AIX

AIX

IMPRIMERIE ET LITHOGRAPHIE J. REMONDET-AUBIN

COURS MIRABEAU, 53.

1893

COMMISSION DE LA THÈSE

M. PISON, professeur, *Président ;*

M. BRY, professeur ;

M. de PITTI-FERRANDI, professeur ;

M. Edouard JOURDAN, professeur.

A LA MÉMOIRE VÉNÉRÉE DE MA MÈRE

DROIT ROMAIN

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

INTRODUCTION

De tous les principes de morale qui ont été consacrés par notre Code civil, il n'en est peut-être pas un seul qui paraisse devoir être accepté avec autant de sympathie que celui qui permet aux époux de se faire des donations réciproques.

C'est, en effet, une idée bien simple et bien naturelle que deux époux, c'est-à-dire deux êtres unis beaucoup plus par le cœur que par l'intérêt, puissent se faire des libéralités raisonnables qui seront, pour le bénéficiaire, un constant et précieux témoignage de l'affectueuse sollicitude de la personne qu'il aime lui-même par dessus toutes les autres.

Et pourtant cette idée, qui nous paraît tout d'abord si conforme à la nature, se heurte à des objections éminemment respectables, assez fortes pour faire hésiter les meilleurs esprits, et il est bien vrai de dire avec un il-

lustre auteur que « c'est une thèse délicate en législation, « au point de vue du meilleur gouvernement des familles « que celle de savoir s'il convient de permettre les do- « nations entre époux pendant le mariage » (Demolombe, Don. et Test., tome VI, n° 434).

Comment les Romains ont-ils résolu la question?

Les textes nous prouvent que pendant longtemps les donations entre époux furent licites, mais presque ignorées dans la pratique, la « manus » accompagnant presque toujours le mariage à cette époque.

La femme *in manu mariti* était considérée comme la fille de son époux, *loco filiæ*, par suite, elle ne pouvait avoir de patrimoine propre, tous les biens qu'elle avait au jour du mariage étant devenus la propriété du mari par la *conventio in manum* ; ne possédant rien, elle ne pouvait rien donner et, d'un autre côté, le mari en donnant à sa femme se serait fait une donation à lui-même.

Plus tard, la *manus* disparaît des mœurs romaines précisément à l'époque où les divorces devenus fréquents amènent de nombreux scandales et provoquent de honteux marchés entre époux.

Les jurisconsultes (*prudentes*) justement soucieux de conserver au mariage son prestige et sa dignité s'efforcèrent de tarir la source de pareils abus.

C'est grâce à leur action si efficace d'ordinaire et qui, en notre matière, donnait pleine satisfaction à la conscience publique, que la prohibition des donations entre époux s'introduisit dans la coutume.

Nous verrons cependant que cette prohibition, ab-

solue en principe, ne fut pas toujours appliquée avec rigueur.

Elle subsista, sans modification légale, jusqu'à l'an 206 de notre ère, époque à laquelle, sous le règne de Septime Sévère, le sénatus consulte Emilien, rendu sur la proposition d'Antonin Caracalla, et plus connu sous le nom d'*Oratio Antonini* vint adoucir la rigueur du droit et imprimer un caractère spécial aux donations entre époux.

Désormais, elles ne seront plus nulles d'une façon définitive, et il suffira, pour qu'elles soient reconnues pleinement valables et sortent à effet, que le donateur décède pendant le mariage sans avoir changé de volonté.

En somme, les donations entre époux, d'abord permises, bien que rarement pratiquées, plus tard prohibées d'une façon absolue, sauf quelques dérogations plus ou moins justifiées, et dans lesquelles, comme nous le verrons chemin faisant, la logique avait souvent cédé le pas à la bienveillance dans l'interprétation de la règle, prirent, à partir du sénatus-consulte, un caractère nouveau.

Elles ne devinrent pas valables *a priori* mais il fut admis que la mort du donateur survenue *constante matrimonio* et sans qu'il eût manifesté la volonté de révoquer sa libéralité (ce qu'il était, d'ailleurs, toujours libre de faire) aurait pour effet de confirmer cette libéralité de manière à la rendre inattaquable.

Il y avait là une assimilation avec le genre de dona-

tions qu'on appelle « à cause de mort », assimilation contre laquelle Justinien devait réagir à son tour.

Etudier d'une part la législation antérieure au sénatus-consulte Emilien, d'autre part l'innovation du sénatus-consulte dont nous venons de montrer le caractère général, tel sera l'objet de ce travail dont la division en deux parties se trouve ainsi tout naturellement indiquée.

PREMIERE PARTIE

LÉGISLATION ANTÉRIEURE AU SÉNATUS-CONSULTE EMILIEN

Laissant de côté, à cause de son peu d'importance, la première période où les donations entre époux n'avaient été l'objet d'aucune restriction légale, nous étudierons seulement la prohibition des donations entre époux.

Dans un intérêt de méthode et de clarté, nous diviserons la matière en trois chapitres.

Dans le premier chapitre, nous rechercherons l'origine et les motifs de la prohibition ; dans le second, nous étudierons l'étendue de cette prohibition, et dans le troisième la sanction qu'elle recevait.

CHAPITRE Ier

Origine et motifs de la prohibition.

C'est vers la fin de la République à cette époque où, avec les progrès du luxe, avec l'envahissement dans toutes les classes d'un amour effréné pour la dépense et les plaisirs, l'antique respect du lien conjugal avait sombré qu'il faut placer la date de la prohibition,

Nous appuyons cette opinion sur les considérations suivantes :

D'une part, la prohibition était déjà admise au temps de Labéon, puisque les lois 65 et 67 à notre titre au Digeste ont été tirées d'ouvrages de ce jurisconsulte.

D'autre part, elle n'existait pas encore quand fut rendue la loi Cincia, plébiscite de l'an 549 ou 550 de Rome, puisque précisément, les époux sont au nombre des *exceptæ personæ* auxquelles les restrictions apportées par cette loi ne s'appliquaient pas (frag. Vat. § 302) et qui, par conséquent, pouvaient se donner librement dans les termes du droit antérieur « *eis omnibus inter se donare capere liceto* (frag. Vat. § 298).

Outre ces arguments de texte, cette date est confirmée par l'état de la société romaine à la fin de la République.

L'histoire nous apprend que les divorces s'étaient multipliés d'une façon presque incroyable ; les mariages contractés et rompus avec la même facilité dégénéraient en associations éphémères où le moins scrupuleux des époux pouvait, sous la menace d'une répudiation toujours imminente, imposer au plus faible des libéralités excessives.

Une réaction s'imposait et, parmi les motifs donnés par les jurisconsultes pour justifier la prohibition, nous allons trouver le désir de couper court à ces honteux trafics.

Par qui fut introduite la prohibition ?

Si le travail des prudents, *jus civile*, n'en est pas la seule source ; s'il faut admettre avec la loi 1 au Digeste (de Don. int. vir. et ux. 24. 1) où Ulpien s'exprime

ainsi : « *Moribus apud nos receptum est ne inter vi-* « *rum et uxorem donationes valerent* » qu'elle fut l'œuvre des mœurs nationales, de la coutume, tout au moins faut-il reconnaître que le *jus civile* eut une part prépondérante, décisive dans le changement de législation et que le *Consensus Prudentum* fixa la coutume d'une façon très précise et traduisit très fidèlement les aspirations de la conscience publique (loi 2, § 5 et 12. De or. jur., Dig. 1, 2. — Frag. Vat. § 96).

Mais quels abus s'agissait-il donc de combattre ?

On voulut d'abord empêcher les époux de se dépouiller de leurs biens dans l'entraînement d'un amour irréfléchi : *Hoc autem receptum est ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate* (Ulp. loi 1 § 1. De Don. in.)

On voulait encore que l'intérêt personnel ne vint pas détourner les époux d'un soin qui leur incombe en première ligne : l'éducation des enfants : *Nec esset eis studium liberos potius educendi* (Paul, l. 2, h. t.)

On voulut ensuite et surtout, préoccupation qui trahit un état social profondément vicié, empêcher que la bonne harmonie des époux ne dégénérât en question d'argent : *Ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret* (L. 3, pr. h. t.)

La même idée apparaît encore dans la loi 2 à notre titre :

« *Sextus Cœcilius et illam causam adjiciebat* « *quia sæpe futurum esset ut discuterentur matri-*

« *monia, si non donaret is qui posset, atque ea ra-*
« *tione eventurum ut venalicia essent matrimo-*
« *nia.* »

Les textes nous donnent encore un autre motif à l'appui de la prohibition, mais celui-là d'un ordre élevé et qui peut être de tous les temps et de tous les pays : le désir de maintenir dans toute sa pureté l'affection conjugale.

CHAPITRE II

Etendue de la prohibition.

Ce chapitre se subdivise en deux questions : à quelles personnes, à quels actes s'appliquait-elle ?

SECTION I

A quelles personnes s'appliquait la prohibition ?

Les donations étaient interdites entre époux, *inter virum et uxorem.*

C'est donc à la qualité respective de *vir* et d'*uxor* qu'il faut s'attacher pour déterminer quelles personnes la prohibition atteignait principalement, nous disons principalement car, par le jeu naturel des principes, ainsi que nous le verrons plus loin, elle avait rejailli sur d'autres personnes encore.

Une seule union comportait pour l'homme, avec l'aptitude à exercer la *patria potestas*, le titre de *vir* ; pour

la femme, le titre d'*uxor* en même temps qne l'élévation au rang social du mari : c'était les *justæ nuptiæ* (L. 1, § 1 ; l. 8, D. *de senatoribus*, 1, 9 ; l. 9, C. *de incolis*, 10, 39).

Le concubinat, union légale pourtant, mais d'un ordre inférieur, restait par conséquent en dehors de la prohibition.

Aussi voyons-nous l'empereur Sévère valider les donations adressées par le sénateur Pontius Paulinus à son affranchie : *quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinæ* (Ulp. l. 3, § 1, *de don. int.)*

Bien plus, les donations faites à une concubine ne pouvaient pas être révoquées encore que le concubinat fit place par la suite à des *justes noces* (loi 31, pr. *de donat.*, 39, 5). C'est qu'on n'exigeait pas ici cet esprit de délicatesse et de désintéressement dont le maintien entre les époux paraissait si désirable que c'était en grande partie pour le protéger que la prohibition avait été édictée.

Il est incontestable cependant que cette liberté pouvait présenter des dangers ; aussi ne demeura-t-elle pas entière et, notamment à partir d'Arcadius et Honorius, diverses constitutions limitèrent, en faveur de la famille légitime, la liberté des dispositions entre concubins (l. 2, C. *de nat. lib*,, 5, 27).

Ce rapide exposé nous révèle le grand intérêt qu'il y avait à distinguer le concubinat des *justæ nuptiæ*.

Les *justæ nuptiæ* se séparent par des différences juridiques nettement accusées, soit du *contubernium*, union continue de deux personnes dont l'une au moins

est esclave, soit du mariage du droit des gens, union de deux personnes libres dont l'une au moins n'est pas romaine.

Mais, dans certains cas, ne pouvait-on hésiter entre les *justæ nuptiæ* et le concubinat, d'autant que le mariage n'exigeait, ni solennités de forme, ni intervention d'une autorité quelconque, civile ou religieuse?

Les textes semblent faire reposer toute la différence sur l'intention des parties.

La loi 4 *de concub.* D, 25, 7 nous dit : *Concubinam ex sola animi destinatione æstimari oportet.* Le jurisconsulte Paul (Sent. II, 20) exprime la même idée : *concubina ab uxore solo dilectu separatur.*

D'autre part, le fragment d'Ulpien cité plus haut parle de l'*uxoris affectio.*

En fait, pourtant, les circonstances devaient rarement laisser place au doute. Ou bien des *tabulæ* avaient été rédigées pour constater les conventions matrimoniales, ou le mariage avait été entouré de ces solennités que les lois ne prescrivaient pas mais qui étaient dans les mœurs.

Les empereurs Théodose et Valentinien décidèrent, sur ce point, que la vie commune *inter pares honestate personas* ferait présumer le mariage (l. 22, C. *de nupt.*, 5, 4).

Justinien étendit la présomption à toutes personnes libres et ingénues, fussent-elles d'inégale condition (l. 33 § 7, *eod, tit.*)

Enfin, dans le dernier état du droit de Justinien (nov. 74, cap. 4), la rédaction d'un acte écrit devint obliga-

toire pour les sénateurs, les *illustres* et les personnes qui occupaient un rang supérieur.

Trois conditions étaient requises pour la perfection des *justæ nuptiæ* : puberté des époux ; leur consentement et celui du *pater familias* dont l'un ou l'autre pouvait dépendre ; *connubium* ou capacité relative de se prendre réciproquement pour *vir* et *uxor*.

L'une de ces conditions manquait-elle, il n'y avait pas *justæ nuptiæ* et il pouvait même ne pas y avoir simple concubinat.

Dans l'un et l'autre cas, il semble que les donations devaient être valables d'après la rigueur des principes.

Telle n'est pas cependant la décision d'Ulpien (l. 3 § 1, D. *de don. int.*), par ce motif qu'il ne faut pas traiter ceux qui ont contrevenu à la loi plus favorablement que ceux qui l'ont respectée : *ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt.*

Il faut néanmoins admettre, en règle générale, avec la loi 65 à notre titre que le mariage étant nul, la donation est valable.

C'est ce que reconnaît Julien qui traite la question à propos de donation faite à une femme mineure de douze ans. En effet, dit-il, la femme n'est pas *uxor*, elle est *sponsa*.

Toutefois ce raisonnement a besoin d'être éclairé par une distinction qui repose sur le point de savoir s'il y a eu ou non des fiançailles. Ulpien, qui dit suivre en cela la théorie de Labéon et de Papinien (l. 32 § 27, h. t.), établit nettement cette distinction. Si la donation a été précédée de la cérémonie des fiançailles, on peut dire que

c'est encore entre fiancés qu'elle intervient, bien que le donateur considère comme sa femme celle qu'il a épousée..... *si quidem præcesserint sponsalia, durent, quamvis jam uxorem esse putet qui duxit.* Le fait l'emporte sur l'intention et la donation sera valable. Elle tombera, au contraire, s'il n'y a pas eu de fiançailles, bien que le mariage lui-même soit nul et précisément à cause de cette nullité. Le donateur, en effet, avait entendu donner non à une étrangère et à tout événement. mais à sa femme : *non quasi ad extraneam, sed quasi ad uxorem fecit.* Il se trouve qu'elle n'est ni sa fiancée, ni sa femme.

La donation, en quelque sorte faite *ob causam* ne peut valoir puisqu'il n'y pas mariage : *causa non secuta.*

Il est évident que, dans le cas d'un empêchement absolu au mariage, la question des fiançailles était sans importance, puisque la même nullité les aurait frappées.

La prohibition des donations essentiellement attachée à l'existence des *justæ nuptiæ*, commençait et finissait avec le mariage. Nous venons de signaler la validité des donations entre fiancés *(sponsalitia de sponsalia fiançailles)* ; elles subsistaient même le mariage manquant, pourvu qu'on n'en eût point subordonné l'effet à la condition expresse : *si nuptiæ sequantur* (frag. vat. § 262).

Constantin, il est vrai, décida que si le mariage manquait par la faute d'un fiancé ou de l'ascendant qui l'avait *in potestate*, ce fiancé perdrait le bénéfice de la do-

nation qui lui aurait été faite (l. 15, C. *de don. ant. nupt.* 5, 3).

D'autre part, la donation *ante nuptias*, introduite postérieurement au droit classique et qui, formant le pendant de la dot, participait du caractère à titre onéreux de la constitution de dot, prit, à partir des empereurs Justin et Justinien, une physionomie nouvelle qui permettait d'éluder la prohibition des donations entre époux.

En effet, Justin permit aux époux d'augmenter en cours de mariage, la femme, sa dot, le mari la donation *ante nuptias* (l. 19, C. ead. tit. 5, 3) et Justinien décida que la dot et la donation pourraient être entièrement constituées pendant le mariage (l. 20, ibid.)

Dès lors, quel que fût l'avantage fait par l'un des époux à l'autre, la femme pouvait toujours être considérée comme ayant entendu se constituer une dot et le mari comme ayant voulu faire la donation maintenant appelée *propter nuptias*,

Quoi qu'il en soit, jusqu'au moment où le mariage était contracté, fut-ce le jonr même, les fnturs époux pouvaient se faire librement des donations (l. 27, D. *de don. int.)*. Il y a donc une importance capitale à établir exactement le point de départ de la situation de *vir* et d'*uxor*.

Quels sont les éléments constitutifs du mariage? La question est controversée et chaque opinion trouve des armes dans les textes.

Les uns disent que le consentement seul suffit pour constituer le mariage et ils tirent argument du texte bien

connu d'Ulpien : *Nuptias non concubitus, sed consensus facit* (l. 30, D. *de reg. jur.* 50, 17) et d'autres textes encore desquels il résulte, en effet, que le consentement n'a pas besoin d'être soutenu par une cohabitation effective (l. 23 § 13, *de don, int.* — L. 66 ibid. — L. 15, *de cond. et dem.*, 35, 1).

Le mariage, d'après eux, aurait été un contrat purement consensuel.

D'autres font remarquer la différence que de nombreuses décisions de jurisconsultes établissent entre l'homme et la femme quant à la nécessité de la présence réelle pour contracter mariage.

L'homme absent, mais dont le consentement est exprimé *per nuntium vel epistolam* peut se marier, pourvu que la femme soit *deducta in domum mariti* (Pomp. l. 5, D. *de rit. nupt.*, 23, 2) ; la femme absente ne peut pas se marier.

Paul fait très catégoriquement la même distinction (Sent. II, 19 § 8), *Vir absens uxorem ducere potest* ; *femina absens nubere non potest.*

La loi 6 au Code *de don. ant. nupt.*, 5, 3 statue sur le cas d'une donation faite le jour même du mariage, et en prononce la nullité, si elle a été faite la femme étant déjà chez le mari.

Ce second système en conclut que le mariage est un contrat réel dont la tradition de la femme au mari forme l'élément essentiel.

Cette conclusion nous paraît forcée et nous préférons croire, ce qui, au surplus, concilie tous les textes, que le mariage existait, quand au consentement des époux se

joignait, suivant les cas, ou la possibilité actuelle de cohabitation physique, ou, du moins, la mise de la femme à la disposition du mari.

Entre présents, la vie commune est de suite possible, de sorte que les deux conditions se trouvent réunies dès qu'il y a consentement et c'est en ce sens qu'on a pu dire : *Consensus nuptias facit*. Dans le cas où les futurs époux ne sont pas présents, les textes font une distinction, fort rationnelle d'ailleurs.

Le mari est-il absent ? Rien n'empêche que la femme ne vienne dans son domicile prendre la situation qui appartient régulièrement à la femme mariée.

L'association réelle à la destinée du mari aura commencé par la *déduction in domum* : il y aura justes noces.

Mais, précisément, cette entrée dans la vie commune est impossible quand c'est la femme qui n'est pas là.

Ce qui prouve bien que *l'individua vitæ consuetudo* est indispensable, c'est qu'en cas de retour à Rome du mari captif, la fiction du *postliminium* était impuissante à le faire considérer comme ayant toujours été marié : *Captivi uxor, tametsi maxime velit et in domo ejus sit, non tamen in matrimonio est* (L. 12 § 4. De captiv. et postl. revers. 49.15).

Ceci dit, il ne faut pas conclure de ce que la prohibition des donations ne commence qu'avec le mariage, à la validité de toute donation antérieure aux *nuptiæ*.

C'est ce que nous apprend Ulpien (L. 12 pr. de Jur. dot. 23. 3) dans l'hypothèse d'une libéralité déguisée sous une fausse estimation de biens dotaux. En augmen-

tant ou en diminuant à dessein cette estimation, le mari peut avantager la femme ou réciproquement.

Si l'opération était postérieure au mariage, elle serait évidemment nulle, c'est-à-dire que le mari resterait débiteur de corps certains.

Elle le sera aussi, si ce sont les fiancés qui y ont procédé, bien qu'on puisse dire ici que leur indépendance vis-à-vis l'un de l'autre est entière, et que la prohibition perd, en conséquence, une de ses raisons d'être.

La donation précède bien le mariage, à la vérité, mais elle est subordonnée à sa réalisation. C'est, en réalité, non un fiancé, mais un conjoint qui en profitera.

D'ailleurs, c'est au moment où la donation reçoit sa perfection qu'il faut s'attacher pour décider de sa validité ou de sa nullité, suivant que ce moment est antérieur ou postérieur au mariage.

Ulpien (L. 5 pr. de don. int.) fait l'application de ce principe à l'hypothèse d'une donation de somme d'argent qu'un fiancé fait à sa fiancée par l'intermédiaire de Titius

Titius est supposé recevoir les fonds avant le mariage, mais ne les remettre à la donataire que *post nuptias*. Quel est le sort de la donation ? Il faut distinguer : Est-ce le donateur qui a interposé Titius ? La donation ne devient parfaite que par la tradition des espèces à la femme, or, à ce moment là le mariage a eu lieu ; la prohibition s'applique. Est-ce, au contraire, la femme qui a fait de Titius son mandataire à l'effet de recevoir l'argent ?

La donation a été parfaite à l'instant où le futur mari lui en faisait la remise, c'est-à-dire, *ante nuptias* ; elle est valable, par conséquent.

La prohibition cessait avec le mariage. Ainsi, les époux divorcés recouvraient une capacité entière, mais encore fallait-il que ce fut un divorce régulier, *secundum legitimam observationem*, et sincère (l. 35 et l. 65 h. t.). Il ne fallait pas qu'on recourut précisément à la simulation d'un divorce pour éluder la prohibition.

C'est encore parce que le mariage avait cessé au moment où elles devenaient parfaites que les donations à cause de mort étaient permises aux époux (L. 10 h. t.).

Nous reviendrons plus loin sur ce sujet en passant en revue les quelques variétés de donation que les époux pouvaient exceptionnellement se faire. Il résulte il est vrai, de ce que nous venons de dire que dans l'admission des donations *mortis causa* entre époux, il n'y avait pas positivement atteinte portée au principe.

Sous peine de rester inefficace, la prohibition des donations entre époux ne pouvait pas s'arrêter à la personne des conjoints. Elle devait forcément atteindre, en même temps que l'époux, le père de famille en la puissance de qui il était, toutes les personnes qui se trouvaient soumises à la même puissance que lui et toutes celles que cet époux lui-même pouvait avoir en sa puissance.

C'était la conséquence inévitable de la confusion de patrimoine que l'organisation de la famille romaine entraînait ; en donnant à un membre quelconque de l'association, on donnait à tous, puisque c'était la même fortune qui s'augmentait.

En somme, la prohibition englobait les agnats de chacun des époux *in eadem potestate* par rapport à l'autre époux et aux agnats de celui-ci dans la même

condition pour ne cesser qu'avec l'un des faits qui rompent le lien juridique d'agnation (L. 3. D. h. t. § 2. 5. 6. 7. 9.).

Et ce que nous disons de la puissance paternelle est, au moins, aussi vrai de la puissance dominicale ; nous acquérons par nos esclaves comme par nos enfants *in potestate* (L. 3 § 3).

On admit cependant que la mère pourrait constituer une dot à sa fille, même soumise à la puissance du père parce que les biens donnés étaient acquis par le mari ; à la dissolution du mariage, l'action en reprise de la dot appartenait bien au père et à la fille, mais elle était faite pour profiter en définitive à cette dernière (frag. Vat. § 269).

SECTION II.

A quels actes s'appliquait la prohibition ?

La prohibition était faite pour les donations. Il est donc indispensable, pour l'intelligence de notre sujet, d'avoir une notion exacte de la donation et de préciser en quelques lignes les caractères qui la font reconnaître.

Les Institutes (II. 7 pr) s'expriment ainsi : *Est et alius genus adquisitionis donatio*. Il semblerait donc, tant en raison des termes employés que de la place que la matière occupe, que la donation est présentée comme un des modes par lesquels on acquiert la propriété. Rien n'est moins exact.

D'une part, il peut y avoir donation, non seulement dans un transport de propriété ou la constitution d'un

droit réel, mais encore dans une obligation ou une remise de dette. D'autre part, et à aucune époque du droit romain, la donation à elle seule n'a eu la vertu d'opérer ce transport de propriété. Elle sera, par exemple, la *Justa causa* sur laquelle reposera une tradition translative de propriété, (Inst. II, 1. De div. rer. § 40) ou bien elle servira de titre à une usucation (Inst. II, 6 de usuc pr.), mais si la propriété est transférée, ce sera par un des moyens ordinaires.

En réalité, l'expression juridique de donation ne correspond pas à un acte particulier, comme celle de vente ou de louage, par exemple.

Elle a une portée beaucoup plus large. Susceptible de se rencontrer dans des hypothèses de nature très diverse, de se réaliser par des actes variés, pourvu que certains caractères déterminés s'y retrouvent, la donation se définira avec toute la généralité nécessaire : « un acte par lequel le donateur, dans un esprit de libéralité s'appauvrit pour enrichir le donataire » (1).

Nous disons que toutes les fois que dans un acte entre vifs, il y aura : 1° Intention chez une personne d'en enrichir une autre ; 2° appauvrissement effectif de la première ; 3° enrichissement réel et corrélatif de la seconde, nous serons en présence d'une donation.

Nous appelons donateur la personne chez laquelle nous supposons, d'une part, l'intention libérale (*animus donandi*) et d'autre part un appauvrissement, c'est-à-dire, en général le sacrifice d'un droit acquis.

(1). M. Bry. Principes du Droit Romain, page 446.

Nous nommons donataire l'autre partie dans l'acte, celle qui est enrichie, c'est-à-dire, qui voit la valeur de son patrimoine augmentée par l'acquisition d'un avantage ou l'extinction d'une charge appréciable en argent.

En avançant que la donation appelle l'idée d'un acte entre vifs, nous n'entendons pas forcément par là une *convention*.

Autrement dit, il peut y avoir donation sans la volonté du donataire qui, le plus souvent, n'aura pas même connaissance de l'acte du donateur. C'est le cas d'un créancier qui, dans une intention libérale, dirige la procédure qu'il a entamée contre son débiteur de façon à voir sa demande rejetée (L. 5 § 7 D. de don int; l 3 § 1 quæ in fraud, 42.8) ; ou encore qui reconnait en justice que son adversaire ne lui doit rien (l. 29 § 1 de don. 39.5). C'est encore le cas de celui qui *animo donandi*, paie la dette d'un tiers à l'insu de ce dernier (l. 7 § 7. l. 50 pr. de donint, l. 23 de solut. 46.3. l. 12. C. de neg. gest. 2. 19). Le donataire pourrait d'ailleurs connaître l'acte mais non comme acte de libéralité. Par exemple, se croyant, mais à tort, investi d'une créance, il en reçoit le montant d'une personne qui ne paie que dans l'intention de l'enrichir (l. 53 de reg. jur. 50.17). Dans ces diverses hypothèses, il y aurait toujours donation.

Maintenant, peut-on ranger en plusieurs catégories déterminées l'ensemble des actes susceptibles de présenter le caractère de donation? Oui. Ces actes seront toujours : 1° ou une dation, en prenant ce mot dans son sens le plus étendu, c'est-à-dire, signifiant transfert soit de la propriété quiritaire ou bonitaire, soit d'un droit

réel, civil ou prétorien, à l'exception de l'hypothèque, qui n'est qu'une sûreté accessoire n'ajoutant rien au patrimoine (l. 1, § 19, *si quid in fraud. patr.* 38.5) ; 2° ou une obligation contractée *verbis* ou *litteris* ; 3° ou enfin une remise de dette par acceptilation.

Le mot donation en lui-même et d'après l'étymologie donnée par Paul (l. 35, § 1, *de mortis causa don.* 39.6) aurait dû s'appliquer d'une façon technique aux seules transmissions de propriété faites dans un esprit de libéralité. « *Donatio dicta est a dono, quasi dono datum* » Telle a dû être, en effet, la conception primitive, mais « ce sens étymologique devint faux le jour où « la donation eut atteint son plein développement (1).

Au surplus, il est bien certain que jusqu'à Justinien la simple convention de donner, l'accord de deux personnes pour se faire une donation l'une à l'autre, ne produisait aucun effet de droit, aucune obligation, aucune action.

Pour être obligatoire, l'accord des volontés devait revêtir la forme de la stipulation.

En somme, et c'est par là que nous terminerons cet aperçu très général de la théorie des donations, il est vrai de dire que pour faire une donation « il fallait né- « cessairement employer les modes ordinaires mis par « la loi à la disposition des personnes qui veulent, en « général, faire une aliénation, contracter un engage- « ment, renoncer à un droit » (2).

Les donations entre époux étant prohibées, il en ré-

(1) M. Bry. Principes du D. R., page 447.

(2) M. Demangeat. Cours de D. R., tome I, page 593.

sulte que tout acte entre époux qui présentera les caractères que nous venons de signaler sera un acte défendu.

Toutefois, nous ne tarderons pas à reconnaître que la règle ainsi formulée est trop générale. Dans plusieurs cas, par des considérations d'ordres divers, on s'est refusé à voir une donation là où strictement il s'en trouvait une ; d'autre part, et à titre de véritables exceptions, certaines donations ont été permises entre époux.

Nous présenterons dans deux paragraphes séparés d'abord la règle, puis l'exception : d'abord, les donations prohibées, ensuite les donations permises.

§ 1. — Donations prohibées.

Les trois éléments essentiels, avons-nous dit, qui, réunis dans un acte, lui impriment le caractère de donation sont : Intention de donner. — Appauvrissement du donateur. — Enrichissement du donataire.

I. Intention de donner. — L'intention libérale n'existe pas lorsque l'acte s'explique par une contrainte légale, si imparfaite qu'on la suppose, comme dans le cas du débiteur qui exécute une obligation naturelle (l. 19, § 4, de don. D. 39.5), ou bien encore par le sentiment de l'intérêt personnel, comme dans l'hypothèse du plaideur qui achète sa tranquillité en concluant, en connaissance de cause, une transaction désavantageuse (l. 1 de transac., 2.15). Il n'y a pas, non plus, intention libérale dans le fait de l'héritier qui, par sentiment du devoir, acquitte intégralement le legs ou le fideicommis dont il

est grevé, au lieu d'exercer la retenue autorisée par la loi Falcidie ou le S. C. Pégasien. C'est précisément ce que décide Ulpien, à propos de donation entre époux, au § 15 de la loi 5 à notre titre : *Quod plerique magis fidem exsolvunt in hunc casum quam donant.* — L'acte, n'étant pas une donation, est permis entre époux.

L'intention pieuse est, d'ailleurs, toujours présumée, mais c'est là une présomption *juris tantum*.

II. Appauvrissement du donateur. — La seconde condition requise pour qu'il y ait donation, c'est que le donateur *pauperior fiat* (l. 5, § 16, D. h. t.). Cette condition sépare nettement la donation d'autres actes gratuits comme le dépôt, le commodat, le mandat, le précaire et des services, en général, qui, quelle que soit l'utilité qu'en retire le patrimoine de celui qui les reçoit, n'enlèvent rien à celui qui les rend. Se porter fidejusseur par exemple, comparaître *in jure* pour un autre ne constitue pas une donation (l. 19, § 1, de don., 39.5).

Abandonner un droit que nous n'avons pas encore, mais qu'il dépend de nous d'acquérir, quand nous le voudrons, n'est-ce pas nous appauvrir ?

Et, quand cet abandon, volontaire de notre part, tourne à l'avantage d'un tiers que nous entendons gratifier, le résultat n'est-il pas le même que si nous commencions par réaliser le droit en question, pour remettre ensuite au tiers le bénéfice qu'il comporte ?

Tel est bien le cas de la femme qui répudie *dotis causa* une hérédité ou un legs dont son mari est appelé à profiter. Elle se trouve ainsi dotée d'avance (l. 14, § 3, de fund. dot. 23.5).

On n'hésite pas, à la vérité, à appeler donation l'acte du mari qui, *animo donandi*, répudie une hérédité dont sa femme va bénéficier comme instituée ou héritière légitime.

Toutefois, hâtons-nous de le dire, une telle donation n'était pas annulée, faute de l'élément qui consiste dans l'appauvrissement du donateur, « *neque pauperior fit qui non adquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit* » (l. 5, § 13, h. t.).

L'idée romaine, idée plus subtile qu'exacte, est donc que négliger de s'enrichir n'est pas diminuer son patrimoine. *Qui occasione adquirendi non utitur*, est-il dit ailleurs, *non intelligitur alienare veluti qui hereditatem omittit* (l. 28 pr. de verb. sign. 50.16).

La théorie était la même pour le mari qui répudiait un legs, dans le but d'avantager sa femme, ou qui obtenait d'un tiers, qui voulait lui faire un legs ou l'instituer héritier, que son épouse fut instituée héritière ou fut légataire à sa place.

Mais, pour cette dernière hypothèse, la solution serait différente, s'il s'agissait d'une donation entre vifs; les jurisconsultes paraissent, sur ce point, avoir eu une conception plus logique de l'acte de libéralité. Ulpien, qui rapporte l'opinion de Julien, écrit : « *si donaturum « mihi jussero uxori meæ dare, ait Julianus, nullius « esse momenti perinde enim habendum atque si ego « acceptum et rem meam factam uxori dederim.* » Et il ajoute : « *Quæ sententia vera est.* » (L. 3, § 13, h. t.).

On considérait donc ici qu'il y avait appauvrissement

suffisant. Julien donne, dans la loi 4 à notre titre, la même décision pour une donation à cause de mort. La question aurait pu faire doute, à cause de l'étroite parenté qui rapproche des legs les donations à cause de mort.

On admettait volontiers, nous l'avons vu, que le mari qui acquitte sans retenue un legs ou un fideicommis au profit de sa femme n'avait fait qu'obéir à un devoir de conscience, d'ailleurs, ce qui rentre dans notre ordre d'idées actuel, qu'il n'y avait pas appauvrissement de sa part « *nec de suo putant proficisci quod de alieno plenius restituunt voluntatem defuncti secuti* (l. 5, § 15). Aussi écartait-on la prohibition.

Toujours au même point de vue, on décidait que le mari peut valablement donner à sa femme une chose dont il n'est pas propriétaire, une *res aliena* en ce sens que la donation servira de titre à l'usucapion.

La loi 25, h. t. explique cette décision par l'idée de non appauvrissement du mari : *nam jusconstitutum ad eas donationes pertinet ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit.*

Cela ressort plus formellement encore de la loi 3, D., *pro donato*, 41, 6 : *si pauperior is qui donasset non fuerit, usucapionem possidenti procedere.*

Aussi faut-il penser que la solution de la loi 25 h. t. ne doit être admise qu'avec une distinction.

Elle est vraie quand réellement le mari ne s'appauvrit pas, c'est-à-dire, quand il n'était pas lui-même en situation d'usucaper.

Peu importe, le « *suis rebus* » du texte par lequel on a voulu combattre la distinction,

Les Romains considéraient, en quelque sorte, le possesseur de bonne foi comme déjà propriétaire, puisqu'ils lui donnaient une sorte de revendication utile : la Publicienne.

Si le mari eut été en voie d'usucaper la chose, il est indéniable qu'en la donnant à sa femme il eut perdu, et alors la femme elle-même n'eut pas pu usucaper, ou bien, la condition exprimée si nettement par la loi 3 *pro donato*, ci-dessus mentionnée, n'aurait plus de sens.

Mais comment la femme pourra-t-elle arriver à l'usucapion ?

De deux choses l'une, en effet : ou elle sait que son mari n'est pas propriétaire et elle manque de bonne foi, ou elle le croit propriétaire et manque de juste titre, puisque, pour elle du moins, son titre est une donation entre époux et qu'elle ne doit pas ignorer que les donations entre époux sont prohibées (l. 4, de jur. et fact. ign. 226).

Il est évident que le premier terme de l'alternative doit être écarté ; à défaut de bonne foi, l'usucapion ne pourrait avoir lieu.

Quant au second, il paraît n'avoir jamais fait de difficultés, et, aux yeux des jurisconsultes, le juste titre existait suffisamment pour fonder l'usucapion. La femme ne croyait pas l'avoir, mais elle le possédait en réalité précisément parce qu'on n'était pas dans le cas où la donation eut été interdite.

C'est le cas d'appliquer la maxime : « *Plus est in re quam in existimatione* (1).

(1) M. de Savigny. *Traité de Droit Romain*, t. IV, p. 118.

La loi 25, h. t. admet la femme à l'usucapion *confestim*. Il est à remarquer qu'elle prend soin de répéter sa décision *licet mortis causa donatio interveniat*.

Le motif est toujours le même : le non appauvrissement du donateur, mais il était bon de l'affirmer. D'une part, en effet, les lois Julia et Popia Poppœa avaient posé certaines limites à la quotité disponible entre époux et ces lois régissaient les donations à cause de mort. D'autre part, ce genre de disposition n'avait effet qu'à la mort du donateur. On aurait donc pu douter que l'usucapion commençât sur le champ.

C'est encore le principe du non appauvrissement du donateur qui a déterminé la décision des jurisconsultes en matière de donation portant sur des intérêts.

Le mari, débieur à terme de sa femme, pouvait, nous dit Pomponius, payer valablement par anticipation « *sine metu donationis* » (l. 31, § 6, h. t.). De même, une somme d'argent ayant été donnée par le mari à la femme, la nullité de la donation autorisait la répétition du capital non des intérêts (l. 15, § 1). C'est que l'emploi productif d'un capital n'est pas assuré. En renonçant à faire produire des intérêts à ses fonds jusqu'au jour de l'exigibilité de la dette, le mari débiteur qui paie d'avance ne fait pas une perte positive. On peut ajouter que les intérêts sont choses destinées à être consommées au jour le jour.

Aussi les textes ne paraissent-ils pas voir une donation dans la remise des intérêts dont une créance est déjà actuellement productive (l. 23, *de don.* 39, 5, Modestin).

Faut-il appliquer la même décision aux fruits? Ulpien,

d'accord avec Julien, (l. 17, *pr.* h. t.) donne la même solution que pour les intérêts. Marcellus (l. 49, h. t.) est d'un avis contraire.

Il y a là, nous devons le constater, une divergence entre les jurisconsultes, mais Ulpien qui écrivait à l'époque de l'Oratio, alors que l'ancienne rigueur tendait à disparaître, nous paraît être l'interprète des idées qui finirent par triompher.

Toutefois, et dans toutes les opinions, une réserve doit être faite en ce qui concerne les fruits et intérêts des biens dotaux.

L'abandon de la jouissance de la dot par le mari constituait une donation prohibée, à moins que la femme ne se chargeât, en compensation, de s'entretenir elle et ses gens (loi 21, § 1, h. t.) *ut se suosque ateret* (V. l. 73, § 1, *de jur. dot.* D. 23, 3).

On a soutenu, d'après certains textes (l. 28, D. *de pact. dot.*, 23, 4 ; — l. *un. C. si dos cont. mat. solut. fuerit.*, 5, 19) que c'était l'idée générale de la prohibition des donations qui s'appliquait ici. Mais il est remarquable que ce sont précisément Julien et Ulpien pour lesquels, en principe, les donations de fruits n'étaient pas de vraies donations, qui se décident à la l. 21 dans le sens que nous indiquons.

La règle doit donc avoir un autre motif et un motif qui rende compte des tempéraments qu'elle peut recevoir dans certains cas.

Ce motif, c'est que les revenus de la dot sont essentiellement destinés à supporter les charges de l'associa-

tion conjugale et que, tant que le mariage dure, la destination n'en doit jamais être changée (1).

Du moment que la femme entreprend elle-même de subvenir à ses besoins, elle peut jouir de sa dot dont la destination n'est pas changée.

III. Enrichissement du donataire. — Il ne suffit pas que le donateur s'appauvrisse pour que l'acte soit prohibé entre époux ; il faut qu'il en résulte un enrichissement pour le donataire.

C'est ce qui, suivant toute la force des principes, ne se rencontre pas dans diverses hypothèses telles, par exemple, que la remise de gage par l'un des époux à l'autre qui est son débiteur (l. 18 *quo in fraud.* 42, 8), l'acceptilation d'une obligation contractée *sine causa* (l. 3, *de cond. sin. causa.* 12, 7).

A côté de ces cas, il en est d'autres où l'on aurait dû décider peut-être qu'il y avait donation, mais on s'arrêtait à la solution opposée par divers motifs et notamment pour ne pas appliquer la prohibition avec une trop grande rigueur.

Parcourons quelques hypothèses :

Etait licite la donation d'un esclave faite par l'un des époux à l'autre avec charge de l'affranchir (Ulp. rug. VII § 1. — *Parl. sent.* II, 23 § 2. — L. 22 C. *de don. int.* 5, 16). Paul en donne deux motifs : C'est

(1) Dotis causa perpetua ut et.... ita contractatur ut semper apud maritum sit. (l. 1, D. de jur. dot.) M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 356 et sequens.

d'abord la faveur de la liberté ; c'est surtout, et ceci est formel : *Quod nemo ex hoc fiat locupletior.*

La propriété de l'esclave ne passait d'ailleurs à l'époux donataire qu'au moment où s'accomplissait l'affranchissement qui en était la condition (l. 7. § 8 *h. t.*) Que si un *certum tempus* avait été fixé pour qu'on procédât à l'affranchissement et que le donataire laissât passer l'époque indiquée, il ne pouvait plus affranchir lui-même ; seul, le donateur resté propriétaire pouvait le faire.

En opérant l'affranchissement, l'époux donataire acquérait sans doute les *jura patronatus* mais ces droits, à défaut de valeur vénale (l. 5 § 5, *de præscr verb.* 19, 5) ne pouvaient passer pour un enrichissement.

Il y eut eu encore donation permise, même si l'époux *manumissor* avait stipulé de l'affranchr ou des *operæ* ou une somme d'argent.

Un enrichissement très réel en serait résulté, mais il ne serait pas venu *ex re donatoris*, à moins que l'argent versé pour prix de la liberté n'eût été pris sur le pécule de l'esclave. Dès lors, pas d'obstacle. Etait encore licite la donation d'une *res extra commercium* ne faisant rien entrer par là même dans le patrimoine du donataire : Ainsi, la donation d'un terrain destiné à servir de sépulture (l. 5 § 8, *h. t.*) à la condition, bien entendu, que cette destination se réalisât effectivement. Jusque là, il n'y avait pas encore *locus religiosus* et le donateur restait propriétaire (§ 9). Si ce n'est que par l'inhumation du donataire lui-même que le terrain reçoit sa consécration, le mariage étant dissous, il serait plus

exact de décider que la donation est caduque; elle ne peut avoir régulièrement son effet après la mort du donataire (Gaïus C. III § 100). On la considérait cependant comme maintenue *favorabiliter* (§ 11).

Dans cette hypothèse, cependant, mieux encore que dans les précédentes, on voit un bénéfice réalisé par le donataire, car, sans la donation, il eut sans doute acheté un terrain de sépulture. On n'admettait pas ce raisonnement, pourtant. « *Non tamen idcirco fit locupletior quod non expendit,* » soit parce qu'il n'est pas absolument certain que le terrain eut été acheté, soit par un motif de bienveillance.

Etaient pareillement autorisées les donations pour œuvres pies, ou dans un but d'intérêt général (l. 5 § 12). C'est sans doute un motif politique qui, s'ajoutant au défaut d'enrichissement du donataire, faisait légitimer certaines donations dites « *honoris causa* » faites par la femme au mari pour lui permettre d'être nommé sénateur, chevalier ou de donner des jeux (Gaïus l. 42. *h. t.* Ulp. Reg. VII § 1). Ces donations étaient valables dans la mesure où les frais occasionnés par l'arrivée du mari à ces dignités les rendaient nécessaires : *quatenus dignitati supplendæ opus est* (l. 40.)

La décision était la même quand l'époux donataire, avec l'argent reçu, aidait un de ses cognats à couvrir les frais de sa nomination à des fonctions publiques (l. 5 § 17).

Les donations qui servaient à l'un des époux à réparer une perte n'étaient pas considérées comme l'enrichissant; ainsi, le mari fournissant des fonds à sa femme pour la

reconstruction d'une maison incendiée lui faisait une donation permise à concurrence de la somme exigée par les travaux (l. 14 *h. t.*).

Etait également permis l'usage gratuit laissé à l'un des époux de choses appartenant à l'autre.

C'est à propos d'un époux profitant des services des esclaves de l'autre que Paul (L. 28 § 1 *h. t.*) énonce le principe qu'entre époux, ces diverses questions doivent être résolues dans un esprit de tolérance (Adde L. 31 § 1 h. t.).

Enfin, la *pensio* servie par le mari à la femme pour subvenir à ses besoins, n'était pas une donation, à moins, bien entendu, qu'elle ne fut excessive, *id est supra vires dotis* (l. 15 pr.). Inversement, on permet à la femme de répéter contre son mari, dans la mesure de l'enrichissement, les services annuels qu'elle lui aurait fournis : *quia non tam solemne est annum quod maritus uxori pendit et quod uxor marito præstat. Imo incongruens est et contra sexus naturam* (l. 33 § 1, h. t.).

En tant que le mari était tenu de pourvoir à l'entretien de la femme, on ne voyait pas une donation dans le fait par lui de fournir à son épouse même des objets de luxe tels que des *unguenta* (l. 31 § 9). Bien plus, la femme pouvait, avec l'argent destiné à ces objets, payer d'abord son créancier, puis faire l'acquisition desdits objets *de sua pecunia* (l. 7 § 1).

Dans tous les cas, on se refusait à trouver dans l'espèce les éléments d'un enrichissement pour la femme. Relativement aux *Cibaria* à fournir aux esclaves et ani-

maux appartenant à la femme, l'argent que le mari lui remettait à cet effet constituait ou non une donation suivant que ces esclaves et animaux étaient employés dans l'intérêt de la femme seule, ou, au contraire, affectés à un service commun (l. 31 § 9 et 10, l. 58 § 1 h. t.).

IV. *Donations indirectes.* — Nous venons d'étudier les caractères essentiels auxquels on pouvait reconnaître l'acte de libéralité défendu entre époux.

Il est évident que ces caractères devaient entraîner l'application de la prohibition s'ils se rencontraient dans un acte auquel les parties n'avaient pas donné la qualification de donation et qu'on pouvait même les découvrir dans une abstention calculée de la part de l'un des époux pour enrichir l'autre.

Nous faisons allusion aux donations indirectes ou dissimulées dont nous allons nous occuper maintenant.

A. *Donations contenues dans un contrat à titre onéreux.* — Les époux, pour échapper aux rigueurs de la loi durent essayer souvent de donner à la donation les apparences d'un contrat à titre onéreux, d'une vente notamment.

A Rome, contrairement à la règle admise par notre loi (art. 1595 C. C.) la vente était permise entre époux et elle restait valable, si l'esprit de donation en était absent (l. 7 § 6, h. t.), encore que le prix ne représentât pas exactement la valeur de la chose : *Sine dubio licet à viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi* (Pomp. l. 31 § 3). C'est, en conséquence, cet

animus donandi qu'il faut rechercher ; de son intervention dépendra le sort du contrat.

On ne vise pas ici l'hypothèse d'une vente simulée, d'une vente où il est entendu que le prix ne sera jamais payé, ou bien où le prix est dérisoire. Entre conjoints, comme entre toutes personnes, il n'y aura pas vente dans ce cas, faute d'un élément essentiel : le prix (l. 2 § 1.— L. 38 *De contr. emp.* 18, 1. — *Pauli sent.*, II, 23, § 4). — Il s'agit d'un *negotium mixtum cum donatione* (l. 18 pr. *de don.*, 39, 5), de vente faite moyennant 2 d'une chose qui vaut 5.

Ulpien (l. 5 § 5) nous donne la solution, et cette solution se base sur une distinction dont le criterium est dans l'intention qui a dicté l'acte que l'on apprécie.

Julien aurait été d'avis, paraît-il, que la vente fût nulle dans tous les cas, mais Neratius et Pomponius ne prononcent la nullité que si l'époux vendeur, sans intention réelle de vendre, s'était seulement servi de ce moyen pour avantager son conjoint : *Si modo cum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit ut donaret.*

Si, au contraire, avec la pensée sérieuse de vendre, la vendeur a fait à son conjoint des conditions qu'il n'eût pas faites sans doute à tout autre acheteur, ce qui n'est, en définitive, qu'un accessoire du *negotium* intervenu, la vente tiendra ; la donation sera non avenue, c'est-à-dire que le supplément du juste prix pourra être exigé et encore, dans la limite seulement où l'époux acheteur se trouvera enrichi.

On peut rapprocher de cette hypothèse celle de la loi 52 pr. à notre titre.

Papinien parle d'une *locatio* consentie entre époux *vilius*. Le mot *vilius* signifie un prix dérisoire, car le jurisconsulte dit que le contrat de louage est nul par la raison que *locatio sine mercede certa contrahi non potest*.

Les époux pouvaient aussi dissimuler la libéralité sous la forme d'une société.

Nulle entre étrangers quand elle est constituée *donationis causa* (l. 5 § 2, *Prv socio*, 17, 2), la société contractée dans ces conditions devait, *à fortiori*, être nulle entre époux et comme société et comme donation. C'est bien là le sentiment d'Ulpien (l. 32 § 24, h. t.)

B. *Donations par personnes interposées.* — Les avantages défendus entre époux ne pouvaient pas non plus échapper à la prohibition quand ils étaient réalisés au moyen d'une interposition de personnes. C'est ce que dit formellement la loi 5 § 2, h. t. et Paul est tout aussi affirmatif (Sent, II, 23 § 3) : *Inter virum et uxorem nec per interpositam personam donatio fieri potest*. Toutefois, le Droit romain n'a pas connu les présomptions d'interposition de personnes de notre Code (art. 1100 C. C.). L'interposition alléguée devait donc toujours être prouvée.

C. *Donation par abstention.* — Ulpien nous offre un exemple de donation de ce genre dans le fait d'un époux qui, *animo donandi*, laisse éteindre par non usage un droit de servitude qu'il possédait sur le fonds de son conjoint (l. 5 § 6, h. t.) Il y a là un avantage cer-

tain : *Eum alienare dicitur qui non utendo amisit servitutes* (l. 28, pr. *de verb. sign.*, 50. 16).

La conséquence est, semble-t-il, que la servitude ne devrait pas être éteinte, à cause de la prohibition de donation. Il n'en est pas tout-à-fait ainsi. La servitude est éteinte, mais, après la dissolution du mariage, l'époux appauvri pourra, au moyen d'un *condictio*, en obtenir le rétablissement ou se faire indemniser : *Puto amitti servitutem, verum post divortium condici posse.*

Dans le paragraphe suivant, le jurisconsulte donne la même décision dans le cas d'un époux qui, *donationis causa*, a laissé absoudre son conjoint qu'il pouvait faire condamner, *Valebit quidem sententia, sed condicetur ei cui donatum est.*

On peut rapprocher l'hypothèse d'un époux qui s'abstient d'interrompre l'*usucapion* de sa propre chose qui va s'accomplir au profit de son conjoint.

Cette situation est prévue par la loi 44 à notre titre sur l'interprétation de laquelle des divergences se sont produites.

Neratius suppose, dans cette loi, qu'une femme a reçu d'un tiers, à titre de donation, une chose dont son mari est propriétaire, mais cette propriété, ni celui qui a livré, ni la femme, ni le mari lui-même ne la connaissent.

Dès lors, l'idée de donation entre époux étant forcément étrangère à l'inaction que gardera le mari, rien ne s'oppose à l'*usucapion* de la femme. Et la solution serait la même, ajoute le texte, si la donation émanait d'une personne soumise à la puissance du mari, mais se croyant *pater familias.*

L'ignorance où sont toutes les parties de leur véritable situation fait qu'il ne peut être question de libéralités prohibées.

Le jurisconsulte suppose ensuite que le mari et la femme découvrent l'un et l'autre la vérité, l'*usucapion* n'étant pas achevée et que, de propos délibéré, le mari s'abstient d'exercer une revendication dont le succès serait certain. Il décide que cette omission équivaut à une interruption de la possession de la femme, c'est-à-dire à un obstacle mis à l'*usucapion*.

Serait-ce ce que nous appelons aujourd'hui interruption civile de prescription ? En aucune façon, mais désormais la femme ne possèdera plus en vertu de la donation à elle faite par l'*extraneus*, elle possèdera en vertu d'une donation qu'elle est censée avoir reçu de son mari et qui ne peut fonder l'*usucapion, quia transiit in causam ab eo factæ donationis* ; autrement dit la connivence du mari et de la femme vaut donation : c'est comme si la femme eût rendu la possession au mari et que celui-ci lui eût immédiatement livré le même objet à titre de donation.

La femme seule découvre que son mari est propriétaire, celui-ci restant toujours dans son ignorance première. Dans ce cas, en vertu de la règle : *Mala fides superveniens usucapionem non impedit*, l'*usucapion* se réalisera au profit de la femme, et voici le motif qu'en donne Nératius : *Non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factæ adquirere prohibitæ sunt*. Or, en l'espèce, l'ignorance du mari exclut l'*animus donandi*.

La femme n'usucapera pas *pro donato*, mais bien *pro suo*.

Le raisonnement s'enchaîne parfaitement si on lit ainsi la phrase : *Ipsius mulieris scientia proprius est ut nullum adquisitioni dominii ejus adferat impedimentum, non enim.....* Mais il faut, pour cela, mettre un point dans le texte avant le mot *ipsius*.

Or, cette ponctuation, généralement adoptée par les auteurs, à la suite de M. de Savigny (1), n'est pas d'accord avec la leçon commune du manuscrit des Pandectes où la phrase ne commencerait, au contraire, qu'à *proprius est*.

Le jurisconsulte poursuivrait l'examen de l'hypothèse où la femme et le mari connaissent tous deux le véritable état des choses et il donnerait, coup sur coup, deux décisions contradictoires. Aussi a-t-on cherché à remédier à cette inconséquence en plaçant un point d'interrogation après *ipsius mulieris scientia*.

Neratius proposerait donc comme objection la considération que la cause de possession de la femme n'est plus la même quand elle apprend que son mari est propriétaire (mais pourquoi n'ajouterait-il pas : quand le mari aussi l'apprend ? ce qui est capital). Et il finirait par se décider en faveur de l'*usucapion*.

Ce serait peu en harmonie avec la décision d'après laquelle le mari qui laisse éteindre la servitude qu'il avait sur le fonds de sa femme est un donateur.

Aussi l'interprétation donnée par M. de Savigny nous paraît bien préférable et nous l'adoptons sans hésiter.

(1) Droit Romain, t. IV, appendice IX, § 9 et 10.

De l'explication de cette loi 44, il résulte bien évidemment que si un époux livre à l'autre sa propre chose *donationis causa*, cette tradition ne peut, en aucun cas, mener à l'*usucapion*.

La possession du donateur ne peut même à aucun point de vue être invoquée par le donataire. C'est en ce sens qu'il faut comprendre la loi 46 à notre titre où Ulpien s'exprime ainsi : *Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est*, phrase à laquelle on a donné parfois un autre sens également juste, du reste, en supposant que *possessio* signifie fonds provincial (l. 115, *de verb, sig.* 50, 16). Il est bien entendu qu'avec la première interprétation le texte se réfère à la *possessio ad usucapionem* et que l'époux donataire a, sans conteste, vis-à-vis des tiers la possession *ad interdicta*, seulement il possède *pro possessore* et non *pro donato* (l. 13 § 1 *de hered. petit.*, 5, 3).

La possession est une chose de fait plus que de droit, il est, dès lors, inutile de la nier. *Si vir uxori cedat possessione donationis causa*, dit la loi 1 § 4, D. *de acq. vel amit. poss.* 41, 2, *plurique putant possidere eam quoniam res facti infirmari jure civili non potest.*

§ 2. — Donations permises.

Nous venons de parcourir les principaux cas d'application de la prohibition des donations entre époux et ceux où la règle était plus ou moins logiquement écartée.

Il nous reste à indiquer les quelques hypothèses où les donations entre époux étaient permises ; cela achèvera de préciser le portée de la règle.

Les donations peu importantes telles que les cadeaux d'usage (l. 31 § 8, h. t.), les présents de vêtements (l. 31 § 1, ibid.) étaient permises : l'empereur et l'impératrice pouvaient, d'autre part, se faire des donations en toute liberté (l. 26 C. *de don. int.*, 5, 16) mais ceci tient à ce que les empereurs, ainsi que le proclama si fièrement l'un d'eux, se considéraient comme étant au-dessus des lois. Ce n'est donc pas une véritable exception.

Il y avait toute une grande classe de donations auxquelles la prohibition ne s'appliquait pas : les donations à cause de mort. On aura une idée très exacte de ces dispositions par la définition suivante : « La donation « *mortis causa* est celle qui est subordonnée dans son « existence ou sa résolution à la survie du donataire, au prédécès du donateur (1).

Voici, d'après Gaïus (l. 10, h. t.) pourquoi ces donations échappaient à la prohibition : *Quia in hoc tempus excurrit donationis eventus quo vir et uxor esse desinunt.*

En effet, la donation *mortis causa* n'acquiert sa valeur définitive que par le prédécès du donateur ; donc à un moment où le mariage n'existe plus.

Donner ce motif, c'est à peu près dire qu'il n'y a pas exception véritable au principe.

Cependant, la donation à cause de mort intervenant entre époux, comportait-elle tous les effets dont elle était susceptible *inter extraneas personas* ? C'est un point sur lequel nous devons nous expliquer.

(1) M. Bry, Principes du Droit romain, page 612.

En principe, celui qui veut donner une chose *mortis causa*, peut le faire de deux façons différentes. Ou il livre la chose, avec la condition que la propriété sera transférée seulement à sa mort ; il reste donc *dominus* jusqu'à cette époque, et, s'il survit au donataire, le droit de propriété n'aura jamais pris naissance sur la tête de ce dernier.

Ou il transfère *hic* et *nunc* la propriété sous la condition qu'on reviendra sur cette translation si le donataire prédécède : c'est la *donatio pura que sub conditione resolvitur* (l. 2, l. 29, D. *de mort. caus. don.*, 39, 6).

La condition résolutoire se réalisant, la propriété ne faisait pas retour de plein droit au donateur, mais il avait une action personnelle contre les héritiers du donataire prédécédé, une *condictio ob rem dati*, pour les obliger à lui retransférer cette propriété (l. 35, § 3, *eod. tit.*), ou, en cas d'aliénation de la chose, pour en obtenir la valeur (l. 19, *in fine*).

Cette doctrine, non sans danger pour le donateur, est corrigée par Ulpien, qui lui accorde, dans les circonstances précitées, une revendication utile (l. 26, *eod tit.*).

Il est certain qu'entre époux la donation *mortis causa* ne pouvait avoir les effets indiqués en dernier lieu. La propriété ne pouvait pas être immédiatement transférée, la règle de la prohibition s'y opposant. La donation était donc forcément transformée en donation conditionnelle en ce sens que jusqu'à sa mort le donateur restait propriétaire. C'est ce qu'indique très formellement la loi 11 pr. à notre titre : « *medio igitur tempore dominium remanet apud eum qui donavit :* Ce principe posé,

n'était-il pas possible pourtant de donner, dans une certaine mesure, satisfaction à l'intention des parties, quand elles avaient marqué vouloir que la propriété passât immédiatement au donataire ?

Sans doute, et on y était arrivé par la théorie de la rétroactivité, en vertu de laquelle l'époux donataire, s'il survit au donateur, est considéré comme ayant été investi de la propriété dès l'instant de la tradition.

L'importance de cette théorie est évidente : elle permet, par exemple, à l'époux donataire qui survit, de profiter de la stipulation faite par l'esclave donné dans l'intervalle qui sépare la donation du décès du donateur (l. 20, h. t.).

Les textes, à la vérité, ne semblent pas tous d'accord sur l'admission de la rétroactivité ; cela vient de ce qu'ils la fondent sur l'intention des parties, et cette intention, qui est toujours la raison déterminante, ici, comme dans les donations à cause de mort *inter extrancas personas*, varie forcément avec les hypothèses.

Dans la plupart des cas, ainsi que le prouve l'exemple précité, la rétroactivité servira les intérêts du donataire et procurera à la donation tout l'effet compatible avec l'impossibilité d'une mutation actuelle de propriété.

Aussi, semble-t-il qu'il faille en principe, et dans le silence des parties, présumer dans une tradition faite sans réserve, l'intention qui justifie cette rétroactivité.

De là, le langage absolu de Papinien (l. 40, *de mortis causa don.*, 39, 6) : *Si mortis causa inter virum et « uxorem donatio facta sit, morte secuta reducitur « ad id tempus donatio quo interposita fuisset.* »

Remarquons-le de suite, cette décision n'est pas con-

tredite par Ulpien. Il vient de dire que, dans tous les cas, la propriété ne passerait pas immédiatement au donataire (l. 11, *pr.* h. t.). Mais il ne faut pas croire pour cela, ajoute-t-il, que les époux ne puissent jamais se faire de donation à cause de mort *qu'avec cette pensée* que le donataire ne sera propriétaire qu'au décès du donateur. Tout autre peut être leur intention, et la donation n'en sera pas moins valable : « *ita verum est ut non solum « ea donatio valeat quæ hoc animo fit ut tunc res « fiat uxoris vel mariti cum mors insequetur, sed « omnis mortis causa donatio.* »

Par conséquent, si la rétroactivité est dans l'intention des parties, leur volonté sortira à effet. Aussi faut-il distinguer comme le fait le même jurisconsulte un peu plus loin (§ 9). Quand il est dans l'intention d'un mari donateur à cause de mort que la confirmation de la donation par son prédécès soit accompagnée de rétroactivité, la tradition de la chose donnée, faite dans l'intervalle par la femme à un tiers, reste en suspens ; elle n'est pas nulle *a priori* (1).

D'ailleurs, si la rétroactivité entraînait virtuellement l'inefficacité de la donation, il faudrait évidemment présumer chez les parties une intention contraire. Nous serions alors dans le domaine de l'exception. Ulpien ne semble-t-il pas indiquer lui-même que parfois il n'y a pas rétroactivité, mais que ce sont des situations anormales : *quando non retroagatur donatio, emergunt vitia.*

(1) M. Boutry. *Essai sur les donations entre époux, n° 45.*

Une autre opinion soutient que tout le raisonnement d'Ulpien serait dominé par la proposition qui est en tête de la loi 11, à savoir que la propriété ne passe à l'époux donataire qu'après le décès du donateur.

Il peut en être autrement parfois, ou, plus exactement, il peut y avoir rétroactivité (§ 1), mais ce n'est pas la règle. Le § 9 vient à l'appui de ce raisonnement, car le cas de rétroactivité y semble présenté comme exceptionnel.

Quant à nous, nous estimons que la généralité du texte de Papinien ne permet pas d'adopter ces raisons. Le § 9 de la loi n'a d'autre portée que de répéter que l'époux donataire ne devient pas propriétaire *de plano* par la donation ; il est clair, d'ailleurs, que si la rétroactivité est dans l'intention des parties, *plane in quibus casibus placeat retroagi donationem*, les conséquences changent, mais ce texte ne tranche pas la question de savoir ce qui est la règle et ce qui est l'exception.

Le cadre restreint de cette étude ne nous permet pas d'entrer dans la discussion du problème juridique très controversé qui consiste à se demander si la propriété acquise à l'évènement de la condition rétroagit ou non au jour de la tradition conditionnelle.

Contentons-nous d'indiquer qu'il y a différentes espèces où la donation *mortis causa* entre époux se présente forcément avec un caractère de non rétroactivité et qui constituent autant d'anomalies (V. not. l. 11, § 2, § 4, § 5, § 6, h. t.).

Il nous reste à signaler deux types de donations exceptionnellement permises *inter virum et uxorem* :

les donations *divortii causa* et les donations *exsilii causa*.

L'idée même du divorce conduisait parfois chez les Romains (l. 11 § 11, l. 60 § 1 h. t.) à légitimer les donations entre époux.

Il est bon de remarquer, à cet égard, que le divorce ne se produisant pas toujours par voie de répudiation (en pareil cas, il eut fait tomber la donation *mortis causa* faite antérieurement ainsi que le dit la l. 11 § 10 h. t. *si maritus uxori donaverit mortis causa eaque diverterit, an dissolvatur donatio? Julianus scripsit infirmari donationem nec impendere*), mais bien souvent *bona gratia* c'est-à-dire d'un commun accord (l. 62 pr.).

Le divorce pouvait aussi avoir des causes tout autres que l'incompatibilité d'humeur ou l'aversion réciproque ; il pouvait intervenir *propter sacerdotium, vel sterilitatem, vel senectutem aut valetudinem aut militiam* (l. 60 § 1, l. 61). En pareil cas, il était d'usage que l'époux qui provoquait le divorce fit à son conjoint une donation pour atténuer en quelque sorte l'amertume de la séparation (Ulp. reg. VII § 1). Cela était admis sans conteste, car la captation n'était plus à redouter ici. Il fallait, du reste, que la donation fut faite à l'époque même du divorce, et non dans la prévision d'un divorce éventuel (l. 12).

Les donations entre époux étaient aussi autorisées *exilii causa* (l. 43). La condamnation à l'exil ou la déportation *in insulam* faisant perdre à l'époux qui en était frappé la qualité de citoyen romain, il en résultait que la

donation était naturellement licite entre deux personnes qui n'étaient plus unies par le lien des *Justæ nuptiæ.*

Des textes (l. 13 § 1 h. t.) nous présentent, il est vrai, la déportation comme ne dissolvant pas le mariage, au moins si l'époux innocent veut rester fidèle à la foi conjugale : *Si casus in quem maritus incidit non mutet uxoris adfectionem* (l. 1 C. *de repudiis* 5. 17), mais, désormais, l'union ne pourra plus être qu'un mariage du *jus gentium*, non soumis à la prohibition.

Il est donc facile de concevoir la donation faite à l'époux condamné, et elle se comprend d'autant mieux que cet époux est dépouillé de tous ses biens par la confiscation, conséquence de la déportation. Mais, en raison de cette confiscation, commeut expliquer la donation *exsilii causa* que le mari exilé ferait à sa femme pour la récompenser de consentir au maintien de leur union.

On en a donné diverses raisons. Pour les uns, la faveur due à la fidélité de l'époux innocent ferait taire les droits du fisc dans le cas particulier.

Pour les autres, cette donation ne serait possible que si le Prince, par une mesure exceptionnelle, avait fait grâce au condamné de la confiscation.

Ce dernier système nous paraît le plus vraisemblable.

Quoi qu'il en soit, Constantin décida par une constitution (l. 24, C. *de don. int.* 5, 16) que l'époux innocent primerait dorénavant le fisc dans notre hypothèse.

Des libéralités testamentaires.

Nous croyons utile, avant de quitter le sujet des donations permises entre époux, de consacrer quelques li-

gnes aux libéralités testamentaires. Ces libéralités en effet, bien que placées en dehors de notre travail par leur nature même, ont un point commun avec les donations à cause de mort dont nous venons de nous occuper.

Ces deux modes de dispositions avaient été frappés des mêmes restrictions entre époux : nous voulons parler des incapacités édictées par les lois Julia et Papia Poppœa.

On comprend aisément que, tandis que les donations entre vifs leur étaient interdites, les époux aient pu conserver entière la liberté de s'instituer réciproquement héritiers, de se faire des legs puisque l'effet de ces dispositions ne se produit qu'après la dissolution du mariage.

Les libéralités testamentaires furent frappées à un point de vue tout différent.

Les lois caducaires, rendues sous Auguste, en 757-762 de la fondation de Rome dans le but d'encourager au mariage et aussi pour enrichir le trésor (*incitandum cœlibum pœnisaugendo œrario*) décidèrent, en principe, que les libéralités testamentaires seraient perdues pour les *cœlibes* et ne seraient recueillies que pour moitié par les *orbi*. Quant aux époux sans enfants, elles ne leur laissèrent même pas entre eux cette capacité réduite reconnue, en général, au seul titre d'époux.

Sur les libéralités testamentaires ou sur les donations à cause de mort qu'ils pouvaient se faire, il ne put désormais parvenir à l'époux avantagé qu'un dixième en propriété, plus l'usufruit du tiers des biens qui lui étaient retirés (Ulp. reg. tit. xv *de decimis* pr. et § 3).

En outre (§ 4) la femme pouvait recueillir intégrale-

ment le legs de dot. Voilà la règle. Etaient exceptés les époux cognats au 6^{me} degré, ceux qui n'avaient pas encore atteint l'âge auquel la loi exige des enfants, ceux qui avaient dépassés l'âge où on peut espérer en avoir, ceux pour qui l'*orbitus* provenait de l'absence du mari pour un service public (exception temporaire, dans ce cas), enfin, les époux qui avaient obtenu de l'empereur le *jus liberorum* (Ulp. Reg. tit. XVI *de sol. cap. in. vir. et ux*).

Il est facile de comprendre que, dans l'esprit de la législation inaugurée par les lois Julia et Papia Poppæa, la présence d'enfants devait dans certains cas adoucir la rigueur de la règle, dans d'autres, rendre aux époux une capacité entière.

C'est ainsi que la fraction de patrimoine que les époux pouvaient recevoir l'un de l'autre augmentait d'un dixième par chaque enfant d'un précécent lit vivant au moment de l'ouverture du testament et par chaque enfant commun mort après le « *nominum dies* « (Ulp. reg. t. XV § *quod si-item*).

C'est à raison de cette progression par dixième que les lois caducaires ont été, au point de vue qui nous occupe, appelées lois décimaires.

La *solidi capacitas* existait enfin.

1° Quand l'époux survivant avait 9 enfants existants d'un précédent lit, puisqu'aux 9 dixièmes que ces enfants représentent, vient s'ajouter le dixième recueilli *matrimonii nomine*;

2° Quand 3 enfants communs étaient morts après le « *nominum dies.* »

3° Quand 2 enfants communs étaient morts à trois ans accomplis ;

4° Quand un seul enfant commun était mort après l'âge de puberté ;

5° Et encore même quand un seul enfant commun était mort impubère, mais seulement pour les 18 mois qui suivaient le décès ;

6° Quand il existait un enfant commun actuellement vivant ;

7e Quand un enfant naissait dans les dix mois de la mort du mari (Ulp. Reg. t. XVI § 1).

Inversement, les époux, même se trouvant dans un des cas qui précèdent ne pouvaient rien recevoir l'un de l'autre si leur mariage avait été contracté en violation des lois Julia et Papia Poppœa, par exemple : *si famosam quis uxorem duxerit, aut libertinam senator* (Ulp. Reg. t. XVI § 2).

Les peines attachées au célibat ou à l'orbitas disparurent sous Constantin (l. 1, C. *de infi pœn cœlib.* 8.58). Supprimées quant à ce, les lois Julia et Papia et Poppœa gardèrent leur empire comme lois décimaires. Elles furent abolies définitivement et complètement en 410 par Honorius et Théodose II (l. 2 C. *cod. tit.*).

Dès lors, les libéralités testamentaires entre époux ne furent plus restreintes qu'en cas de second mariage du disposant qui a des enfants d'un précédent lit, mais c'est là un ordre d'idées tout nouveau dont nous renvoyons l'exposé à la fin de cette étude.

CHAPITRE III

Sanction de la Prohibition

La sanction de la prohibition des donations entre époux était la nullité radicale de l'acte quelconque par lequel la donation s'était réalisée.

Ulpien nous l'indique en termes formels dans le § 10 de la loi 3 h. t. où il vise les principales formes que la donation peut revêtir : « *Proinde si corpus sit quod do-*
« *natur, nec traditio quiequam valet. Et si stipulanti*
« *promissum sit, vel accepto latum, nihil valet : ipso*
« *enim jure quæ inter virum et uxorem donationis*
« *causa geruntur, nullius momenti sunt.* »

Examinons avec les textes les conséquences de la nullité suivant que la donation a eu lieu par voie de dation, par voie d'obligation ou par voie de libération.

§ 1. — Donation par voie de dation

La même tradition qui, *faite donationis causa inter extraneas personas*, opèrerait le transport de propriété du donateur au donataire, est impuissante à produire cet effet quand elle intervient *inter virum et uxorem*. Le donateur est resté propriétaire, et, en conséquence, il a le droit de rentrer dans la possession de la chose au moyen de la *rei vindicatio*, aussi longtemps, du moins, que la chose existe en nature. Si la chose n'existe plus, il

aura une *condictio*. C'est ce qui nous est indiqué par la loi 5 § 10 h. t. en ces termes :

In donationibus autem jure civili impeditis hac-
« *tenus revocatur donum ab eo ab cave cui donatum*
« *est, ut si quidem exstet res vindicetur; si con-*
« *suupta sit condicatur hactenus. . . .* »

Nous allons étudier, en premier lieu, le fonctionnement de la *rei vindicatio* ; nous nous occuperons ensuite de la *condictio*.

A. Rei Vindicatio. — La *rei vendicatio* peut atteindre la chose tant qu'elle existe, soit en mains du donataire lui-même, soit en mains d'un tiers à qui le donataire l'aurait livrée pourvu toutefois, dans ce dernier cas, que l'usucapion ne se soit pas accomplie au profit du tiers.

Exercée contre un tiers, la *rei vindicatio* ne présente rien de spécial et nous n'avons rien à en dire.

Lors, au contraire, qu'elle est dirigée contre l'époux donataire, la *rei vindicatio* présente de nombreuses et importantes dérogations au droit commun ; il est très intéressant de les étudier.

Il est tout d'abord certain que le donataire est un possesseur de mauvaise foi puisqu'il connaissait ou devait connaître la prohibition des donations entre époux et que partant, il savait qu'il n'avait pu être rendu propriétaire.

Cependant, il est traité de toute autre façon que le possesseur de mauvaise foi ordinaire.

Une première différence existe entre eux au point de

vue des fruits de la chose revendiquée : le possesseur de mauvaise foi ne fait pas les fruits siens, la règle inverse est admise pour le possesseur de bonne foi (l. 48 *pr. de acq. rer. dom.* 41 1) qui, du moins s'il est actionné en revendication, n'a pas à tenir compte des fruits qu'il a consommés, *de fructibus consumptis agere non potest* (Inst. II 1 § 35).

A vrai dire, l'époux donataire, en ce qui a trait aux fruits, n'est ni dans la première, ni dans la deuxième situation ; le droit qu'il a de conserver les fruits se rattache à un autre principe, précédemment signalé au cours de cette étude, adopté au moins par Julien et Ulpien et que ce dernier formule en ces termes : *Fructus quoque ut usuras licitam habere donationem* (l. 17, pr. h. t.).

La loi 31 § 2 h. t. nous signale une dérogation beaucoup plus grave au droit commun. Voici l'hypothèse : Un mari a donné un terrain à sa femme, celle-ci y a élevé des constructions. Ces constructions sont la propriété du mari donateur, c'est incontestable ; il les revendiquera donc en même temps que ce terrain et cependant il devra rembourser à la femme les dépenses utiles, tout comme à un possesseur de bonne foi. La conclusion est, du reste, parfaitement logique, si l'on veut bien se rappeler que si le possesseur de mauvaise foi n'a droit à aucune indemnité dans ce cas, c'est qu'on présume chez lui l'intention de gratifier le propriétaire du sol : *Materiæ dominus proprietatem ejus amittit quia volontate ejus intelligitur esse alienata* (Inst. II. 1 § 30).

La même présomption d'intention libérale est inadmis-

sible de la part de la femme à qui il est défendu d'avantager son mari.

D'autre part, si, dans la rigueur des principes, la femme possède de mauvaise foi, il n'en est pas moins vrai qu'elle construit avec l'autorisation au moins tacite du véritable propriétaire, *volente et sciente eo.*

De là, une décision plus douce qui, à défaut de motif plus grave, s'expliquerait au besoin par cette idée, si bien mise en lumière par Paul, qu'entre époux, la bienveillance est la règle de l'interprétation des lois : *sane non amare nec tanquam inter infestos jus prohibitæ donationis tractandum est, sed ut inter conjunctos maximo affectu et solam inopiam timentes* (Paul l. 8 § 2 h. t.).

Le défendeur à la revendication qui succombe est condamné à restituer la chose au propriétaire ; s'il s'y refuse pouvant le faire ou, s'il s'est mis par dol dans l'impossibilité de restituer (l. 68, de *rei vind.* 6.1.) il encourt une condamnation dont le quantum est fixé par son adversaire après *juramentum in litem.*

Cette conséquence extrêmement rigoureuse de la situation du possesseur n'est pas admise entre époux (l. 36, pr. h. t. *nisi reddatur res, æstimatio facienda est justo pretio*). C'est encore là une dérogation au droit commun.

En outre, bien que le demandeur en revendication qui reçoit la valeur de la chose prenne vis à-vis du défendeur le rôle d'un vendeur, le défendeur n'est pas admis, en droit commun, à exiger de lui la *cautio de evictione* et cela par ce motif que : *Sibi possessor imputare debet cur non restituit rem* (l. 35, §, de *rei vind*).

L'époux donateur devra, au contraire, fournir la *cautio* de *evictione*, mais, pour ne pas être trop rigoureux vis-à-vis de lui, on restreindra cette *cautio*, qui dans les ventes entre étrangers, est du double du prix, au simple de l'estimation, autrement dit du prix.

Supposons maintenant avec la loi 63 H. t. qu'une femme a donné des matériaux à son mari et que celui-ci les a employés à bâtir sur son propre terrain.

Quels seront les droits de la donatrice, en admettant bien entendu, que les matériaux une fois détachés auront une utilité appréciable? Pourra-t-elle rentrer dans la possession de ses matériaux par l'action *ad exhibendum* suivi de la revendication ?

Une interprétation soutient que telle serait l'opinion de Nératius rapportée dans la première partie de la loi. Le jurisconsulte dirait qu'à la vérité, ce n'est pas dans la législation des XII Tables que la femme pouvait trouver son action, mais que si l'œuvre des Décemvirs ne fournit pas d'action, c'est qu'évidemment ceux-ci ne se sont pas préoccupés de l'hypothèse de matériaux employés de le volonté même de leur propriétaire.

Cette interprétation ajoute que Paul combattant l'argumentation de Nératius n'accorderait à la femme, ni la revendication tant que l'édifice est debout (en vertu de la règle : *Tignum junctum ædibus ne solvito* ni l'action au double de *tigno juncto*.

Si la loi des XII Tables n'a pas donné l'action en revendication au propriétaire dépouillé de ses matériaux à son insu, a *fortiori* l'aurait-elle refusée à celui qui a connu et permis la construction.

Cependant, ajoute-t-on, la femme ne serait pas réduite à attendre la ruine de l'édifice pour agir ; elle aurait un *condictio* pour se faire indemniser dans la limite de l'enrichissement du donataire.

Cette interprétation de la loi 63 nous semble forcer légèrement la portée de ce texte.

Nous préférons une explication un peu différente dans laquelle les deux jurisconsultes ne se contrediraient pas et qui peut se formuler ainsi : Neratius se demandant si la femme dont les matériaux ont été employés est complètement désarmée pour le moment, répond négativement, bien que ce ne soit pas la loi des XII Tables qui lui donne une action ; comment croire, en effet, que les décemvirs aient admis l'extention de l'action de *tigno juncto* à notre espèce ?

Quelle est donc l'action qui compête à la femme ? Cela n'est pas indiqué.

Paul, en rapportant ce passage de Neratius, remarque à son tour qu'il ne faut pas y trouver la justification d'une revendication immédiate. La revendication sera possible, en principe, seulement lors de la ruine du bâtiment : *solutare*.

Quant à l'action *in duplum de tigno juncto*, elle est évidemment inadmissible, car les matériaux employés au su du propriétaire ne sont pas *res furtiva* et l'action en question suppose un *tignum furtivum* (l. 1, pr. de *tigno juncto*. 47. 3).

Que restera-t-il alors à la femme donatrice ?

Probablement une *condictio* (le texte est muet quant à ce,) et même la *rei vindicatio* si les matériaux pou-

vaient être détachés sans nuire au reste du bâtiment du donataire (l. 45, h. t.).

B. Condictio — La *rei vindicatio* ne peut être exercée contre l'époux donateur parce que la chose donnée, pour une cause quelconque, n'existe plus en ses mains : *res extinctæ vindicari non possunt.*

En revanche, une *condictio* peut être intentée par le donateur, *condictio* qualifiée indifféremment *sine causa* ou *ex injusta causa*, la *causa* qui a mis une valeur dans le patrimoine du donataire étant une donation prohibée et, par conséquent, à considérer en droit comme inexistante (l. 6, h. t.).

Si la chose donnée est actuellement dans la possession d'un tiers, le donateur pourra choisir entre la revendication contre ce tiers et la *condictio* contre le donataire qui en détient la valeur. Dans tous les cas, la *condictio* n'est admise qu'avec une double restriction qu'il importe de signaler sans retard : le donataire ne peut jamais être tenu de restituer une valeur supérieure à ce qu'il a reçu ; jamais, non plus, au delà de ce qui lui reste d'enrichissement au moment de la *litis contestatio* (l. 7, pr. h. t.).

Cette double règle domine les différentes hypothèses où la chose donnée ne peut plus faire l'objet d'une revendication.

Dans un intérêt de clarté et aussi pour plus de concision, nous ramènerons toutes ces hypotèses à 2 situations distinctes : ou le droit s'est évanoui purement et simplement pour le donataire — ou il a disparu, mais pour faire place à un autre droit, réel ou personnel.

PREMIÈRE SITUATION. — La chose donnée *a peri* sans compensation.

Si c'est par cas fortuit, la perte totale ou partielle est évidemment pour le donateur, puisqu'il est resté propriétaire (l. 28, *pr.* h. t.).

Si c'est par la volonté du donataire, la réponse, tout au moins à l'époque de la législation romaine que nous étudions actuellement, est beaucoup plus embarrassante.

La difficulté vient de ce que, de droit commun, on donne l'action *ad exhibendum* ou la *rei vindicatio* contre celui qui, par dol, a cessé de posséder (l. 9, *pr.* D. *ad exh.*, 10, 4 — l. 27, § 3, *de rei vind.* 6, 1), parce qu'on traite de la même façon le possesseur et celui *cujus dolo malo factum sit quominus possideret vel haberet* (l. 150, D. *de reg. jur.* 50, 17).

Quant à la *condictio*, elle exige aussi, en général, le *dolus malus* et n'est pas accordée en cas de simple faute (comp. l. 65, § 8; l. 26, § 12; l. 65, § 6, D, *de condictione ind.* 12, 6).

Ces règles étaient-elles appliquées à l'époux donataire?

Dans la loi 37, h. t., Julien suppose une femme qui, par dol, a fait périr la chose qui lui avait été donnée par son mari, et il accorde contre elle ou l'action *ad exhibendum*, ou l'action *legis Aquiliæ* : « *Si mulier dolo* « *fecerit ne res extet sibi a marito donata, vel ad* « *exhibendum, vel damni injuriæ cum ea agi poterit,* « *maxime si post divortium id commiserit.* »

La loi Aquilia, disons-le en passant, s'appliquait non seulement au dol, mais aussi à la faute (Inst. IV, 3, § 3 et 14 — l. 44, *pr.* D, *ad leg. aquil.*, 9, 2).

Julien semble envisager seulement l'hypothèse du dol. Un autre texte, la loi 14 *ad exh.*, 10, 4, présente une solution analogue.

Pomponius s'y exprime ainsi :

« *Si vir numnos ab uxore sibi donatos, sciens* « *suos factos non esse, pro re empta dederit, dolo* « *malo fecit quominus possideat, et idéo ad exhiben-* « *dum actione tenetur.* »

Ces textes ont été conservés par pure inadvertance au Digeste, car ils contredisent formellement (nous le verrons dans la deuxième partie de cette étude) le droit de faveur inauguré par l'Oratio Antonini, mais ils peuvent passer pour traduire fidèlement les principes de l'ancien Droit.

Il est probable, toutefois, que l'idée de dol devait être difficilement admise dans le cas d'un époux qui perd, détruit, dissipe les objets qui lui ont été donnés par son conjoint, et que, dans la plupart des cas, les actions précitées étaient écartées. Tout ce qui arrive, en effet, c'est à la connaissance, souvent avec l'assentiment tacite de l'époux donateur, ce qui est incompatible avec la notion du *dolus malus*. Tout au plus y a-t-il *culpa* de l'époux donataire et, même *inter extraneos*, cette faute ne pourrait pas engendrer une *condictio*.

On peut même légitimement conclure des derniers mots de la loi 37 : *maximé si post divortium id commisserit* que l'admissibilité du dol et des conséquences qu'il entraîne contre l'époux donataire était susceptible de controverse.

Si l'on peut se prononcer pour l'admission du dol,

c'est surtout après le divorce, alors qu'on ne peut plus dire que l'époux donateur autorise par son silence les actes de destruction ou de disposition quelconques que son conjoint accomplit sur les choses données.

Quoi qu'il en soit, nous verrons que sous l'empire du S. C. Emilien, on est arrivé à exonérer l'époux donataire de toute action en général, que la perte soit fortuite ou volontaire, quand l'objet de la libéralité a disparu sans lui laisser d'enrichissement.

En effet, d'après le S. C.. on entend par *consumptio* tout événement duquel il résulte que la donation n'a pas rendu le donataire *locupletior* (l. 32, § 9, h. t.).

DEUXIÈME SITUATION. — La chose donnée n'existe plus *in specie* dans le patrimoine du donataire, mais elle lui a procuré un enrichissement.

C'est ici que nous sommes dans les cas d'application de la *condictio*.

Ainsi, le donataire a prêté les espèces données, il en a acheté un immeuble, un cheval, etc. . . . Dans tous les cas de ce genre, il sera soumis à la *condictio*.

Dans quelle mesure ?

Hactenus quatenus locupletior factus est (l. 5, § 18).

Cet enrichissement doit s'apprécier *die litis contestatæ* et non pas *die rei judicatæ*. On y comprend tout ce qui est réellement provenu *ex re donata*, non seulement, par exemple, l'esclave acheté avec les espèces données, mais ses enfants et aussi les legs et hérédités que cet esclave ou ses enfants ont pu faire acquérir au donataire (l. 28, § 5).

Le donateur n'avait à prouver que la donation : c'était au donataire à justifier ensuite qu'il n'avait retiré que peu ou point d'utilité de la chose donnée.

Dans un cas particulier, on présume même la donation. La loi 51, h. t., nous apprend, en effet, que lorsqu'il s'agissait d'un bien trouvé dans le patrimoine de la femme dont elle ne pouvait justifier la provenance, un motif d'honnêteté publique faisait présumer qu'elle tenait ce bien de son mari : *Evitandi autem turpis quœstus gratia circa uxorem....*

Si l'époux donataire a prêté les deniers reçus à titre de donation, la créance qu'il a contre son emprunteur constitue son enrichissement, et le donataire sera soumis à la *condictio* à concurrence seulement de la valeur réelle de la créance, déterminée par le degré de solvabilité de l'emprunteur.

C'est un cas de perte totale ou partielle (l. 16). Si l'argent donné est employé à acheter un fonds (l. 7, § 3), un esclave (l. 28, § 3), et que ce fonds ou cet esclave ait augmenté de valeur au moment de la *litis contestatio*, le profit sera pour le donataire qui a fait une heureuse spéculation, la *condictio* ne dépassant pas la somme donnée.

Dans le cas inverse, le donateur n'a action que pour la valeur actuelle du fonds ou de l'esclave.

On n'aurait pas trouvé juste que la donation, utilisée sous ses yeux par son conjoint. devient une source de perte pour ce dernier (l. 9. C. *de don. int.* 5. 16).

Ce dernier texte fait ressortir que l'esclave acheté avec l'argent donné est la propriété du donataire ; le donateur

n'en peut poursuivre que la valeur par une action personnelle.

Il est utile de rapprocher la loi 55 à notre titre où nous allons voir fléchir ce principe dans l'intérêt de l'époux donateur.

Le jurisconsulte Paul se pose la question en ces termes: *Uxor marito suo pecuniam donavit; maritus ex pecunia sibi donata aut mobilem aut soli rem comparavit, solvendo non est et res exstant.*

Quæro, si mulier revocet donationem, an utiliter condictitia experiatur; videtur enim maritus, quamvis solvendo non sit, ex donatione locupletior effectus, cum pecunia mulieris res comparata exstet?

D'après le principe, la femme, réduite à une action personnelle, devrait venir en concours avec les autres créanciers du mari, et, en conséquence, elle éprouverait une perte. Paul lui accorde, au contraire, une revendication utile.

Il semblerait, en l'espèce, qu'on aurait pu refuser à la femme, même la *condictio* puisque le mari étant insolvable, il ne lui reste, en réalité, aucun enrichissement positif.

Mais quand on recherche l'enrichissement qui justifie la *condictio*, on ne s'en tient pas aux biens libres, *deducto ære alieno*. On considère ce que le donataire possède du fait de la donation. Ici l'objet acheté avec les deniers donnés a augmenté le patrimoine du mari et diminué d'autant son insolvabilité. Il y a donc enrichissement et *condictio* possible.

Bien plus, si cet objet avait été la chose même donnée

par la femme, une revendication directe serait admise ; les deux hypothèses se rapprochent sensiblement, de là l'action *in rem utilis*. La concession de cette action utile constitue une dérogation notable au droit commun et elle s'explique par la faveur exceptionnelle dont jouissent les intérêts du conjoint donateur. (1).

Paul remarque en passant, dans cette même loi 55 que l'exercice de la *condictio*, restant d'ailleurs dans la double limite précédemment indiquée : *quatenus res valet — non ultra id tamen quod donatum est* — sera plus avantageux pour la femme donatrice que le recours à l'action *rei uxoriæ*.

Par la *condictio*, elle obtiendra une condamnation *in solidum* ; dans l'action *rei uxoriæ*, le mari jouit du bénéfice de compétence.

D'autre part, et jusqu'à Justinien, cette dernière action permettait au mari d'exercer la rétention *ob res donatas* (Ulp. Reg. t. VI, § 9).

Si la chose achetée des deniers donnés a péri, le donataire n'a rien à rendre (l. 28, § 3 h. t.). Si cette chose a été revendue et, qu'avec le prix, une nouvelle acquisition ait été faite, pour qui seront les risques ?

Pour le donataire, semble-t-il.

Pour le donateur, répond Pomponius dans la loi 29 pr. : « *si mulier ex pecunia donata emptum servum* « *vendidisset et alium emisset, posteriorem periculo* « *mulieris esse Fulciniius scripsit. Quod non est ve-* « *rum, licet non ex re mariti emptus sit.* »

(1) M. Machelard. Texte sur les donations entre époux, page 266.

L'opinion de Fulcinius, repoussée par le jurisconsulte, était cependant conforme au droit commun établi pour tous ceux qui sont tenus dans la limite de leur enrichissement, tels que le possesseur de bonne foi d'une hérédité.

Le bénéfice qui les a effectivement enrichis une fois réalisé, peu importe qu'ils en fâssent, par la suite, un emploi désavantageux, et se trouvent, finalement, n'en rien conserver (l. 18, *quod met. caus.* 4. 2.).

Enfin, si l'objet acheté avait été payé pour partie seulement avec les espèces données, et, pour le surplus, avec l'argent du donataire, puis que l'objet vint à périr, la perte serait supportée proportionnellement (l. 7, § 4, h. t.).

Il pouvait y avoir lieu à compensation. Deux époux se sont fait mutuellement des donations prohibées d'égale valeur.

Une constitution d'Adrien décide que entre les deux causes de restitution, la compensation se fera purement et simplement. Et il en est ainsi, même si l'époux demandeur a dissipé ce qu'il a reçu, tandis que l'autre en a conservé l'émolument (l. 7 § 2).

La compensation s'oppose par voie d'exception de dol (l. 8 pr. de dol. mal. excep. 44. 4). Elle n'aurait plus lieu si un seul des avantages était prohibé, l'autre restant licite. Le mari peut reprendre sans difficulté les biens qu'il a donnés entre-vifs à sa femme et recueillir en même temps les legs qu'elle lui a laissés (l. 48 h. t :)
« *Quæ jam nuptæ maritus donavit, viri manent et*
« *potest ea vindicare; nec quicquam refert quod*
« *ampla legata ab uxore ei relicta sunt.* »

§ 2. — Donations par voie d'obligation.

La nullité de la donation entre époux apparaît ici dans toute sa rigoureuse simplicité. L'un des époux, *animo donandi*, promet à son conjoint qui stipule, de lui remettre une certaine somme d'argent.

La promesse est nulle ; le promettant n'est pas tenu ; poursuivi pour l'exécution de son engagement, il n'aura pas besoin d'exception pour se défendre ; il invoquera la nullité *ipso jure* de l'acte qui est intervenu (l. 3 § 10 h. t.).

S'il paie la somme promise, nous retombons dans le cas de dation.

Un mari délègue son débiteur à sa femme *animo donandi*. L'obligation primitive devrait être éteinte par la novation.
(Gaïus C. III § 176. — Inst. III 29 § 3), il n'en est rien : *nihil agitur* (l. 5 § 3).

La situation primitive persiste et le tiers délégué demeure obligé envers le mari qui pourra le forcer à payer.

Si cependant, croyant la nouvelle obligation valable, ce tiers paye de bonne foi entre les mains de la femme qui a stipulé, quelles seront les conséquence de ce paiement ?

L'hypothèse est prévue par la loi 39 h. t. — Julien établit d'abord dans ce texte que la stipulation de la femme est sans valeur : *inanem fuisse stipulationem* ; cedi dit, en ce qui concerne les droits du mari, il faut faire une distinction :

De deux choses l'une : ou l'argent existe encore en nature en main de la femme, ou il est consommé.

Dans le premier cas, le tiers qui a payé peut revendiquer, et, si le mari le poursuit par l'action du contrat originaire, il sera absous au moyen de l'exception de dol, pourvu qu'il lui cède son action en revendication ; le mari exercera ensuite cette action *debitoris nomine*, et rentrera ainsi en possession des espèces.

Dans le deuxième cas, et en admettant que la femme ait réalisé un enrichissement, ce n'est plus l'action du débiteur que le mari exerce, mais une *condictio* qui lui est personnelle.

A l'égard du débiteur primitif, le mari verra son action se briser contre l'exception de dol, mais d'autre part, il agira de son propre chef contre la femme en répétition d'un avantage dont il est véritablement l'auteur : « *Intelligitur est re mariti locupletior facta esse* « *mulier, quoniam debitor doli mali exceptione se* « *tueri potest* (l. 39 *in fine*).

Examinons maintenant une hypothèse voisine de la précédente, et sur laquelle les textes nous donnent deux solutions contradictoires.

Le mari, *animo donandi*, n'ordonne plus à son propre débiteur de s'engager par promessse vis-à-vis de sa femme.

Il enjoint directement au débiteur de payer le montant de la dette en mains de la femme. Le débiteur s'exécute. Quelles seront les conséquences de ce payement ainsi effectué ?

Dans la rigueur du droit, on pourrait dire que le paiement est nul et que le débiteur n'est pas libéré.

Seulement, quand le mari s'avisera de le poursuivre, ce débiteur s'abritera derrière l'exception de dol, et il aura gain de cause en cédant les actions qu'il a contre la femme : savoir la *rei vindicatio* ou la *condictio* suivant que les espèces qu'il a remises existent encore en mains de la femme, ou ont été consommées.

C'est bien là la conclusion d'Africain à la loi 38 § 1. D. de solut. 46, 3.

Ulpien et Celsus disent, au contraire, que le débiteur qui paie est libéré et que le mari acquiert la propriété des espèces payées (l. 3 § 12 h. t.).

Ils raisonnent ainsi :

Si l'on n'était pas en présence d'une donation prohibée par le droit civil, l'opération s'analyserait en deux aliénations successives ; dans la première, l'argent est versé par le débiteur à son créancier ; dans la deuxième, il est remis par ce dernier à la personne qu'il veut avantager. Une de ces deux aliénations est sous-entendue seulement ; on ne la réalise pas, en fait, par un besoin de célérité.

De même, dans notre espèce, au fond, c'est le mari qui a touché les espèces de son débiteur et les a ensuite remises à sa femme, *donandi animo*. Or, la première partie de cette double tradition peut sortir à effet sans aucune difficulté ; donc le débiteur est libéré et le mari est devenu propriétaire des deniers.

La deuxième partie est annulée, au contraire, à raison de l'*animus donandi* qui vicie l'opération. La femme

n'est donc pas devenue propriétaire et le mari donateur a contre elle les actions précédemment étudiées.

La contradiction des textes sur ce point provient, à n'en pas douter, de la différence de doctrine entre Ulpien et Africain sur l'admission de la tradition *brevi manu*.

C'est la célèbre question qui se pose en matière de *mutuum*.

Un créancier charge son débiteur de payer à un tiers qui recevra la somme comme prêt; un mandant veut laisser à son mandataire, à titre de prêt, les sommes que celui-ci lui doit comme mandataire.

Le *mutuum* se formera-t-il?

Africain répond affirmativement dans le premier cas, mais ce n'est, dit-il, qu'une solution de faveur : *id benigue receptum est*, il refuse catégoriquement d'admettre le *mutuum* dans le 2me cas (l. 34, *pr. mandati*, 17, 1), car une simple convention ne peut remplacer la tradition qui rend l'emprunteur propriétaire : *alioquin « dicendum ex ommi contractu nuda pactione pecu- « niam creditam fieri posse.* »

Ulpien, au contraire, admet le *mutuum* même dans le deuxième cas, parce qu'il sous-entend une double tradition non réalisée en effet (l. 18, *de reb. cred.*, 12, 1); le mandataire est censé s'être libéré envers le mandant et celui-ci lui avoir immédiatement retransféré les espèces.

Ulpien, dans notre même loi 3, § 12, fait une autre application de cette idée de tradition de brève main : Une personne qui a, à la fois, un créancier et un débi-

teur, ordonne à son débiteur de payer entre les mains du *procurator* de son créancier, mais il se trouve que celui qui se présente comme *procurator* du créancier n'est pas investi de cette qualité, ce qui constitue un *furtum*.

Le jurisconsulte décide que celui qui a donné l'ordre dont s'agit a été rendu propriétaire des deniers par le paiement (il est censé les avoir reçus lui-même, puis livrés au faux *procurator*) ; en conséquence, c'est en sa personne que naît l'action *furti : furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam ese*.

Africain et Ulpien, en soutenant ces opinions contraires, se font sans doute eux-mêmes les interprètes des tendances respectives des époques où ils écrivent : la fiction de tradition étant venue après coup, et pour répondre aux besoins de la pratique, faire fléchir la rigueur des principes anciens (1).

§ 3. — Donation par voie de libération.

Ce genre de donation peut se concevoir dans deux ordres de faits différents, suivant que l'époux qui procure à l'autre sa libération était ou non titulaire de la créance.

Dans la première hypothèse, que l'époux recoure à l'acceptilation ou qu'il procède par simple pacte de *non petendo*, la prohibition des donations entre époux s'oppose à l'efficacité de l'acte intervenu (l. 3, § 10 h. t.).

Il demeurera donc créancier absolument dans les mêmes conditions qu'avant la prétendue libération ; s'il

(1) M. Machelard. Textes etc... p. 247.

a fait un *pactum de non petendo*, il n'aura pas besoin de *replicatio* pour répondre à l'exception *pacti conventi* que l'autre époux tenterait de lui opposer.

Dans la deuxième hypothèse, la créance appartenant à un tiers, l'époux donateur peut libérer son conjoint d'abord en payant lui-même le créancier.

Supposons que la femme ayant fait une acquisition, le mari paye de ses deniers la chose achetée.

Comme conséquence de la règle prohibitive des donations, il pourra répéter, et, remarquons le, répéter *in solidum*, quel que soit par la suite le sort de la chose.

En effet, il y a eu dans le paiement un bénéfice certain pour la femme : sa libération. Cet enrichissement certain ne peut être modifié en rien par les événements ultérieurs et, si la chose périt, c'est pour la femme. Cela ne diminue pas la donation. Ce que nous disions de ce prix d'achat payé, *animo donandi*, est également vrai de toute dette acquittée dans la même intention par l'un des époux à la décharge de l'autre (l. 7, § 7, h. t.).

L'époux donateur pourrait, au lieu de payer, prendre pour son compte, *expromittendo*, la dette de son conjoint.

C'est l'hypothèse de la loi 5, § 4, à notre titre : une femme s'engage par promesse envers le créancier de son mari et elle fournit un *fidejusseur*.

Que se passe-t-il ?

Le mari devrait être libéré par l'obligation nouvelle naissant à la charge de sa femme ; il n'en est rien, la prohibition s'y oppose. Le mari reste tenu ; la femme

elle-même n'est pas obligée, ni, par voie de conséquence, son fidejusseur et le jurisconsulte termine par ces mots significatifs : « *perinde que haberi ac si nihil promisisset.* »

C'est toujours la même idée de nullité radicale qui revient dans les différentes espèces que l'on peut proposer ; aussi ne nous appesantirons-nous pas davantage sur cette matière.

SECONDE PARTIE

LÉGISLATION POSTÉRIEURE AU S. C. EMILIEN

Dans cette seconde partie, nous serons plus sobre de développements. Les grandes lignes de la matière ont été indiquées dans la première partie de ce travail et c'est sur l'innovation du S. C. que doit se concentrer notre attention.

Nous exposerons tout d'abord la modification apportée au droit des donations entre époux par le S. C. dont il s'agit.

Dand un second chapitre, nous étudierons le champ d'application de ce S. C. et nous diviserons cette étude en trois questions qui feront l'objet d'autant de sections :

Quelles personnes régissait le S. C. ?

Quels actes embrassait-il ?

Dans quels cas se rencontrait-il des obstacles à son application ?

CHAPITRE Ier

Modifications apportées au droit des donations entre époux par le S. C. Emilien.

Le jurisconsulte Ulpien, après avoir présenté au livre 32 de ses commentaires sur Sabinus les règles sévères du droit antérieur et énuméré les nullités rigoureuses qui en résultaient, aborde, au livre 33 du même ouvrage, l'exposé des principes nouveaux (l. 32, pr. h. t.), et il caractérise d'un mot l'acte législatif qui est intervenu : *Oratio.... de confirmandis donationibus* (l. 32 § 1).

Ce S. C., plus communément désigné sous le nom d'*Oratio Antonini*, du nom d'Antonin Caracalla, sur la proposition duquel il fut rendu, est de l'an 206 de notre ère.

Certains textes (l. 23, h. t. ; *Frag. vat.*, § 276) paraissent dire que ce S. C. est l'œuvre de l'empereur Septime Sévère.

Cette divergence des textes est plus apparente que réelle, car en l'an 206, Antonin Caracalla était associé à l'empire et les jurisconsultes ont pu attribuer indifféremment ce S. C. au père ou au fils.

Au surplus, l'affirmation si nette d'Ulpien, qui était contemporain de la réforme, dissiperait au besoin tous les doutes (l. 32 pr. h. t.)

Jusqu'alors les époux ne pouvaient, en règle générale, se faire des libéralités que par disposition de dernière

volonté (dans les limites des lois Julia et Papia Poppæa, bien entendu).

L'époux, qui voulait faire sortir à effet la donation entre vifs par lui faite à son conjoint, devait la confirmer par testament. Nous voyons dans la loi 109 pr. *de legatis*, 1. 30, un mari léguant à sa femme ce qu'il lui a déjà donné.

Tel était le seul moyen offert au donateur de rendre efficace sa volonté ; l'intention libérale la plus certaine, la plus persistante, ne pouvait suppléer à la confirmation testamentaire.

Sanctionner la volonté de gratifier qui persévère jusqu'à la mort même du donateur, tout en laissant à ce dernier la possibilité jusqu'à son dernier jour de faire disparaître cette libéralité, s'il se repent de l'avoir faite : telle est dans sa forme la plus simple la pensée qui a inspiré le S. C.

Les termes employés par l'*Oratio* traduisent très énergiquement la double préoccupation à laquelle on obéissait : *Fas esse eum quidem qui donavit pœnitere ; heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit, durum et avarum esse* (l. 32 § 2, h. t,)

D'une part, on voulait garantir le donateur contre les manœuvres captatoires ou les entraînements de sa propre faiblesse ; pour cela, on lui permettait de se rétracter jusqu'à son dernier souffle et d'anéantir ainsi la donation.

D'autre part, on voulut tenir compte de la volonté certaine de donner à laquelle il ne manquait que la confirmation testamentaire.

Il était trop dur de permettre à d'avides héritiers de détruire les libéralités de leur auteur, alors que celui-ci avait montré, par son silence même, qu'il ne les regrettait pas.

En conséquence, on décida que les donations entre époux seraient confirmées par la mort du donateur, survenue *durante voluntate*.

Est-ce à dire que désormais, en vertu de l'*Oratio*, les donations entre époux seront valables, mais révocables au gré de leur auteur ?

Certains textes ont pu le laisser croire (l. 32 § 16 ; l. 55, h. t.) ; mais à ces textes, qui sont loin d'être formels en ce sens, on peut opposer les l. 32 § 13 ; 33, 34. 35, h. t., desquelles résulte très nettement, au contraire, l'inefficacité actuelle des donations entre époux faites sous l'empire de la nouvelle législation.

Si ces donations étaient valables en elles-mêmes *et ab initio*, l'époux qui se repent, devrait, dans tous les cas, recourir à une *condictio* pour détruire les effets de la libéralité.

Les textes nous montrent, au contraire, la stipulation ne produisant pas d'obligation ; la dation ne transférant pas la propriété.

La disposition romaine ne ressemble donc nullement à celle que le législateur français devait consacrer et, d'après laquelle la donation entre époux est valable dès le début, mais est essentiellement révocable (art. 1096, 1097 C. C.) (1).

(1) M. Bry, op. cit., p. 455.

Les contrats à titre onéreux sous l'apparence desquels les époux cherchent parfois à dissimuler une libéralité, ne sont pas plus valables depuis l'*Oratio* qu'auparavant, ce qui signifie que l'action spéciale au contrat ne prend pas naissance.

Dans la loi 32 § 24, Ulpien s'occupe de la société contractée entre époux *donationis causa*. L'action *pro socio* n'en résultera pas davantage qu'à l'époque de la prohibition absolue. Le jurisconsulte ajoute : *quæ tamen in communi tenuerunt fine præstituto revocanda non sunt*, c'est-à-dire, si des choses ont été acquises et possédées en commun, la mort du donateur, par application du S. C., rendra la donation parfaite et irrévocable.

Il n'y aura donc pas action *pro socio* : le texte est formel, mais il pourra y avoir action *communi dividundo* (1).

Quant au sens des mots *fine præstituto* il faut dire avec M. de Savigny qu'ils se réfèrent à la limite que les lois décimaires avaient apportée à la capacité de recevoir entre époux. Cette limite atteignait sous l'empire de l'*Oratio* les donations entre époux comme elle atteignait déjà les donations *mortis causa* (frag. Vat. § 294).

Sous Justinien, les lois décimaires étant abolies, les mots *fine præstituto* n'ont plus que le sens banal : dans la mesure fixée par les parties (2).

La grande différence entre l'ancienne et la nouvelle

(1) M. Boutry, *Essai sur les donations entre époux*. n° 93, note A.
(2) M. Machelard, *Textes, etc.*, p. 254, 255.

législation consiste, en somme, en ce que les héritiers du donateur ne disposeront plus désormais, ni de la *rei vindicatio*, ni de la *condictio* pour reprendre à l'époux donataire et, suivant les cas, ou les choses données, ou l'émolument qu'il en a retiré.

On sous-entend maintenant une confirmation testamentaire de la part du donateur ; mais, pendant toute sa vie, ce donateur jouit desdites actions.

Une donation que l'époux donateur révoque à volonté (1), mais qui est confirmée par cela seul qu'il meurt sans s'être repenti, c'est, au nom près, une donation à cause de mort.

Au moins la ressemblance avec la donation *mortis causa* était-elle bien accentuée quand celle-ci se réalise par un acte simplement conditionnel et demeure révocable au gré du donateur.

Nous ne croyons pas que l'assimilation ait été faite par les auteurs du S. C. (2) ; mais les jurisconsultes durent soumettre les nouvelles donations entre époux dans une large mesure aux règles des legs, déjà appliquées aux donations à cause de mort.

Ce qui est certain, c'est que les restrictions des lois décimaires les atteignirent (frag. Vat. § 294).

De même, aussi, la réduction de la loi Falcidie, primitivement faite pour les légataires, puis étendue aux fidéicommissaires par le S. C. Pegasien (Inst. II, 23 § 5), aux donataires *mortis causa* par une constitution de Sé-

(1) Aulu-Gelle, Noct. att, XVII, 6.
(2) M. Machelard, *Textes, etc.*, p. 271. — M. Accarias, *Précis de Droit romain*, t, 1, n° 310.

vère et d'Antonin (l. 5 C. *ad. leg. falc.*, 6, 50 ; l. 42 § 1 D. *de mort. caus. don.*, 39, 6), finit par s'appliquer aussi aux donations entre époux (l. 32 § 1 h. t.). C'est-à-dire qu'elle vint régir celle des donations entre époux qui, rentrant dans les termes de l'*Oratio*, se trouvaient confirmées dans les conditions prescrites audit acte. Et c'est bien là, en effet, ce que dit Ulpien à la loi 32 § 1. C'est, comme étant censées confirmées par testament, que les donations entre époux sont soumises à la réduction de la loi Falcidie ; par conséquent, par assimilation avec les dispositions de dernière volonté.

De même, la loi Falcidie s'étend aux donations entre époux *quando fideicommissi partibus funguntur* (l. 12 C. *ad leg. Falc.*, 6, 50).

Les textes désignent donc nettement les donations entre époux qui ne deviennent valables qu'à la mort de leur auteur, et excluent, par *a contrario*, toutes celles qui, dans le droit antérieur même, auraient été exceptionnellement valables.

Au bénéfice de cette distinction capitale il est vrai de dire que les donations entre époux durent rentrer dans la masse héréditaire pour le calcul de la Falcidie ; la computation de ladite masse comportait, suivant les principes généraux, la déduction des dettes héréditaires, même de celles du défunt envers l'héritier (l. 87 § 2 D. *ad leg. Falc.*, 35, 2 ; l. 6 pr. C. *ad leg. Falc.*, 6, 50), et la réduction s'opérait ensuite proportionnellement sur les donations entre époux comme sur les autres libéralités à cause de mort, sauf les préférences exprimées par le disposant (l. 64 ; l. 88 § 2 D. *ad leg. Falc.*)

Il faut, sans doute, étendre ici une exception expressément formulée par la loi Falcidie relativement aux choses que le mari aurait achetées pour sa femme et disposées à un usage : *De his rebus quæ mulieris causa emptæ paratæ essent* (l. 84 § 2 *ad leg. Falc.*, 35, 2 (1).

Des explications qui précèdent, il résulte qu'on peut formuler ainsi les caractères des donations entre époux sous l'empire du S. C.

C'étaient des actes toujours nuls en tant que donations entre vifs, mais auxquels une confirmation, désormais sous-entendue de la part du donateur, attribuait la valeur et les effets de dispositions de dernière volonté.

Plus tard, Justinien vint modifier cette théorie en faisant rentrer les donations entre époux dans leur nature de donations entre-vifs par les deux décisions suivantes :

D'une part, par la loi 35 § 5 C. *de donat.*, 8, 54, l'empereur déclara que les donations entre-vifs se formeraient désormais par simple pacte.

Consulté par le barreau d'Illyrie sur le point de savoir si cette règle s'appliquait aux donations entre époux, ou s'il était nécessaire pour les parfaire, de procéder par voie de tradition, de promesse, ou enfin de recourir à un acte juridique quelconque comme pour les donations *mortis causa*, Justinien se prononça dans le premier sens (nov. 162, C. 1).

D'autre part, il soumit les donations entre époux à l'insinuation comme toutes les donations entre-vifs en général et décida :

(1) M. Machelard, *Textes, etc.*, p. 282 à 284.

1° Que régulièrement insinuées ou dispensées de l'insinuation, comme n'excédant pas 500 solides, les donations entre époux seraient valables, une fois confirmées par le prédécès du donateur, comme donations entre-vifs, avec effet rétroactif au jour de l'insinuation ou de la convention ;

2° Que non insinuées, elles ne vaudront pour ce qui excède 500 solides, que par une confirmation testamentaire expresse et encore comme donations *mortis causa* et pour l'avenir seulement (l. 25, C. *de don. int.* 5, 16. — Nov, 162 C. 1 § 2).

Par cette dernière décision, Justinien rétrogradait au delà du S. C. (1)

Ceci dit, revenons à la période exclusivement régie par le S. C. Nous venons de parler avec Justinien d'effet rétroactif attaché à la confirmation de la donation entre époux qui résulte du prédécès du donateur.

Il est évident que, sous l'empire du S. C. et demeurant entendu que la libéralité tacitement confirmée, revêt le caractère d'acte de dernière volonté, cette rétroactivité fut admise en thèse générale, mais aussi qu'elle comporta les réserves et les distinctions précédemment signalées à propos des véritables donations *mortis causa* que pouvaient se faire les époux à l'époque de la prohibition absolue (l. 11 § 2 et 3 h. t.)

A un autre point de vue, dont nous nous sommes occupé également, le S. C. modifia dans un sens favorable, le régime des donations entre époux.

(1) M. Accarias, *Précis de Droit romain*, t. 1, n° 310.

Il fit rentrer, en effet, dans une seule idée générale exprimée par le mot *consunptio* tout événement duquel il résultait que la donation n'avait pas enrichi le donataire (l. 32 § 9, h, t.) C'était, dans un très grand nombre de cas, refuser l'action révocatoire au donateur.

C'est donc seulement lorsque le donataire se trouvait enrichi par le fait de la donation que l'*Oratio* s'appliquait dans sa disposition principale : *Cœterum si factus est (locupletior) orationis beneficium locum habebit* (l. 32 § 9, h. t.)

Le même § 9 nous fait remarquer qu'en cas de donations entre époux égales et réciproques, si l'on suppose que l'un des époux a dissipé ce qu'il a reçu tandis que l'autre, au contraire, est devenu *locupletior*, puis que ce dernier prédécède, l'époux survivant pourra répéter, en d'autres termes, la compensation introduite par Adrien pour notre hypothèse n'a plus lieu (l. 7 § 2).

Cela tient certainement à ce que, conformément au S. C., la donation faite par l'époux enrichi est devenue parfaite par son prédécès, tandis que le prédécès rendait caduque celle qui lui avait été faite.

Il n'y a donc pas deux causes de restriction admises et se neutralisant.

Le texte observe *in fine* que si le mariage était dissous par le divorce, au lieu de l'être par la mort, la compensation aurait lieu : *Quamvis divortio, secuto hæc compensatio locum habeat.*

Avec le divorce, on ne peut admettre, sauf preuve certaine, la persévérance de l'*animus donandi* qui sert de base à la confirmation établie par l'*Oratio*.

Nous devons nous demander, pour terminer cet exposé général de la théorie du S. C., si la confirmation de la donation pouvait résulter d'autres événements que la mort naturelle de l'époux donateur.

En règle générale, non.

C'est par suite d'une exception au droit commun que le militaire qui encourait une peine capitale, pour crime militaire, était parfois autorisé à disposer de ses biens par testament (l. 6, § 6, de *inj. rup.* tat. D. 283).

Quand cette autorisation lui était accordée, sa mort, par une conséquence toute naturelle, devait valider la donation qu'il pouvait avoir faite à son épouse.

En effet, celui qui teste valablement peut donner *mortis causa* ; or, la donation entre époux est une donation à cause de mort dans l'ordre d'idées actuel (l. 32, § 8, h. t.)

Aux termes d'une constitution de Constantin (l. 24, C. de *don. in.* 5. 16), un revirement complet se produisit dans les principes jusqu'alors observés, c'est-à-dire que les donations entre époux se trouvèrent confirmées par deux faits qui, auparavant, entraînaient au contraire, leur caducité : la condamnation à mort du donateur ou la *servitus pœnæ* par lui encourue.

L'époux innocent primera le fisc et tout se passera, en somme, comme en cas de mort naturelle de l'époux coupable.

Plus tard, la *servitus pœnæ* est abolie par la nov. 22 Cap. 28. Dès lors, l'effet de la donation faite par le

condamné à son conjoint, reste en suspens jusqu'à sa mort naturelle.

Quant à la captivité de l'un des époux, nous en étudierons plus loin les conséquences.

CHAPITRE II.

Etendue d'application du S. C. Emilien.

SECTION I.

Quelles personnes régissait-il ?

Le bénéfice de l'*Oratio* pouvait être invoqué par tous ceux que frappait naguère la règle de la prohibition absolue ; c'est-à-dire par les époux eux-mêmes et par toutes les personnes que le lien de puissance confondait avec chacun d'eux dans une même personnalité juridique. *Oratio non solum virum et uxorem complectitur, sed etiam cœteros qui propter matrimonium donare prohibentur* (l. 32, § 16, h. t.)

En ce qui touche la personne des époux eux-mêmes, l'application du S. C. n'appelle aucune observation spéciale.

En ce qui concerne, au contraire, les membres de leurs familles respectives, qui, dans les idées romaines, s'identifiaient avec eux sous le rapport du patrimoine, il est bon de distinguer plusieurs hypothèses. Nous allons les parcourir.

1re Hypothèse. — L'un des époux est le donataire et la libéralité lui provient d'un parent de l'autre époux. Dans quelles conditions se produira la confirmation de la donation ?

Il faudra qu'avant le décès du donateur qui, à défaut de changement de volonté, doit opérer la confirmation, l'époux qui est son parent soit prédécédé.

Par exemple, un beau-père ayant son fils *in potestate*, fait une donation à sa bru; son fils meurt *constante matrimonio*. Si le beau-père meurt ensuite, sans changement de volonté, la donation sera confirmée par sa mort et désormais inattaquable par application du S. C. Telle est la solution de Papinien au même § 16 de la loi 32 h. t. Si le fils (le mari) avait survécu à son père, le prédécès de celui-ci, *durante voluntate*, n'aurait pas confirmé la donation, car c'eût été la valider pendant le mariage, ce qui est inadmissible puisque, répétons-le encore, la donation faite par celui qui a un époux en sa puissance, est considérée comme émanant de cet époux lui-même.

2e Hypothèse. — C'est l'un des époux, la femme, par exemple, qui donne à une personne juridiquement identifiée avec le mari, telle que son père qui l'a en sa puissance.

Pour que la donation soit efficace, il faudra, bien entendu, que la donatrice persévère jusqu'à sa mort dans son intention; mais la question est de savoir, si en supposant le beau-père déjà mort à cette époque, il n'y aurait pas là un obstacle à la confirmation ?

Il faut sous-distinguer :

Si le mari survivant à sa femme était l'unique héritier de son père, comme il avait recueilli en cette qualité la libéralité dont s'agit, on voit, dans ce cas, comme une nouvelle donation succédant à l'ancienne donation qui est censée adressée directement au mari et dès lors confirmée, conformément à l'*Oratio*, par le prédécès de la femme.

Si le mari ne succédait pas à son père, ou n'héritait de lui que pour partie, la libéralité se trouvait infirmée totalement ou partiellement, dans la mesure où l'émolument échappait au mari (l. 32 § 18 h. t.)

3e *Hypothèse*. — C'est le parent de l'un des époux qui donne au parent de l'autre ; le père du mari à celui de la femme par exemple.

Il faudra appliquer distributivement les solutions qui précèdent. Notamment, il faudrait le prédécès du mari, réputé donateur, pour que la confirmation résultât ensuite de la mort de son père (l. 32 § 20 *in fine*).

A peine avons-nous besoin de dire que si un fils de famille faisait à sa femme une libéralité sur son pécule castrans ou quasi castrans, la question de confirmation ne pouvait dépendre que de son prédécès à lui seul, puisque, quant à ces biens, il était considéré comme *pater familias* (l. 32. § 17)

L'*Oratio* ne parlant que des donations entre époux, une donation entre fiancés, mais dont l'effet doit être reporté après le mariage contracté, jouira-t-elle du bénéfice de la nouvelle loi ?

On admit que cette donation, toujours nulle à l'origine, serait désormais validée conformément à l'esprit de la législation inaugurée par le S. C. : *quamvis... et verba Orationis minus sufficiant, tamen donationem dicendum est ad sententiam Orationis pertinere ; ut si duraverit voluntas usque ad mortem, valeat donatio* (l. 32 § 22 h. t.).

SECTION II.

A quels actes s'étendait le S. C ?

Nous venons de voir que le S. C., pour atténuer la rigueur de l'ancienne prohibition des donations entre époux, s'était inspiré notamment de cette considération qu'il était souverainement injuste de permettre aux héritiers du donateur de dépouiller l'époux donataire, contrairement peut-être à la volonté de leur auteur.

L'*Oratio* emploie le verbe « *eripere* ». Or, on ne peut enlever qu'à celui qui possède déjà.

Faut-il croire, dès lors, que l'innovation s'appliquait seulement aux donations déjà réalisées par tradition et que les autres modes de donner, promesse ou remise de dette notamment, restaient soumis au droit antérieur ?

Ou bien, faut-il dire que, malgré des expressions en apparence restrictives l'*Oratio* embrassait sans distinction toutes les donations entre époux. Cette question a été vivement controversée par les jurisconsultes romains et l'est encore de nos jours.

La première interprétation, strictement littérale peut, il faut le reconnaître, outre l'argument du mot *eripere*, se défendre en raison. Un donateur qui se dessaisit de son vivant témoigne assurément sa volonté de donner d'une façon plus certaine, plus frappante que celui qui se borne à promettre un bénéfice quelconque.

On comprend donc qu'une loi ne trouve que dans le cas de donation par voie de dation cette manifestation probante d'intention libérale qui justifie la confirmation de la donation par le seul décès du disposant. C'est vraisemblablement pour ce motif que certains jurisconsultes crurent devoir s'en tenir aux termes mêmes de l'*Oratio* strictement entendus.

Papinien, le prince des jurisconsultes, donne à cette opinion l'appui de son grand nom, ainsi que nous l'apprend Ulpien dans la loi 23 h. t. ; cela est confirmé par un passage des frag. Vat. § 294, où on le voit, pour qualifier la portée du S. C., se servir des termes suivants : *Quod vir uxori dedit, morte soluto matrimonio, si voluntas perseveraverit ; fine decimarum auferri non oportere...*

Il aurait donc fallu, dans cette opinion, faire une distinction entre les donations qui ont mis le donataire en possession, les *rerum donationes,* et celles qui ne comportent aucun dessaisissement pour le disposant. Les premières seules bénéficieraient du droit de faveur inauguré par l'*Oratio Antonini*.

Cette interprétation vient se heurter contre des textes si précis, si formels qu'il nous est impossible de l'ac-

cepter comme l'expression de la vraie théorie romaine, nous voulons dire de celle qui finit par l'emporter. Les textes auxquels nous faisons allusion, (et cette remarque a son importance), émanent presque tous d'Ulpien, le jurisconsulte auquel les compilateurs des *Pandectes* ont fait le plus d'emprunts en cette matière des donations entre époux, surtout pour la période que nous étudions en ce moment.

Voyons donc comment s'exprime Ulpien à notre titre, lorsqu'il vient d'énoncer l'innovation introduite par le S. C. — D'après lui, il est clair qu'il fallait donner à cet acte une portée générale. En effet, la loi 32 § 1 dit : « *Oratio... non solum pertinet... sed ad onmes* » *donationes inter virum et uxorem factas: ut et* » *ipso jure res fiant ejus cui donatæ sunt et obliga-* » *tio sit civilis...* »

Ce texte place donc au même rang et fait également valider par le S. C. des donations entraînant des conséquences diverses : transmission de propriété dans un cas, création d'une obligation dans l'autre. Dans l'un et l'autre cas, les effets de la donation seront opposables aux héritiers du donateur. Plus loin, au § 23 de la loi 32 h. t., Ulpien rapproche de la tradition effectuée la remise de dette opérée par exemple, au moyen d'une acceptilation : « *Sive autem res fuit quæ donata est,* » *sive obligatio remissa : potest dici donationem* » *effectum habituram ; ut puta uxori acceptum* » *tulit donationis causa quod debebat...* » Ici encore même confirmation. S'il y a eu acceptilation, ce n'est pas cet acte même qui restera en suspens jusqu'au

décès du donateur, c'est son effet : *potest dici pendere acceptilationem non ipsam, sed effectum ejus* (même §) ; ce qui fait allusion seulement à l'impossibilité d'insérer dans l'interrogation la condition du prédécès du donateur, cette condition étant cependant efficace, pourvu qu'elle ne fut pas exprimée (l. 77. D. *de reg.* jur. 50. 17). Ulpien, nous venons de le voir, soumet à la même règle toutes les donations sous quelque forme qu'elles se soient réalisées.

Et, comme si les explications si catégoriques qu'il vient de nous donner ne lui paraissaient pas suffisantes pour enlever toute créance à l'opinion contraire, il résume d'un mot sa doctrine en disant que le S. C. confirme toutes les donations qu'il a précédemment signalées comme tombant sous le coup de l'ancienne prohibition : « *Et generaliter universæ donationes « quas impediri diximus exoratione valebunt* » (l 32, § 23, *in fine*).

Il n'est pas possible d'être plus formel.

Ulpien renvoie à tout ce qu'il a dit précédemment des donations prohibées. Or il a englobé dans la prohibition, à côté des donations par tradition, les donations par promesse et les donations par acceptilation (l. 3, § 10).

Enfin, le jurisconsulte applique deux fois le S. C. à une stipulation de rente viagère, faite *animo donandi* entre époux, la femme étant d'abord supposée créancière puis débitrice (l. 33, pr. § 2.) Si la femme a stipulé et que le mari prédécède, comme une donation peut valablement consister en une annuité, le S. C, pourra être invoqué. Si le mari a stipulé et que la femme meure la pre-

mière, *constante matrimonio*, la solution est la même. « *Dicendum erit ex oratione donationem convalescere.* »

Un rescrit d'Alexandre Sévère, la l. 2, C. de *dote Cauta* 5. 15, applique la même règle. Il s'agit d'un mari qui, *animo donandi*, a fait pendant le mariage un acte où il majore le chiffre de la dot qu'il a reçue de sa femme : *de suo in dotem adscripsit.* Il meurt sans avoir révoqué la libéralité. Le rescrit déclare que, pourvu que cette libéralité soit devenue parfaite en vertu d'un acte obligatoire, *quatenus liberalitas interposita munita est*, elle pourra être réclamée aux héritiers du mari. Ce n'est pas là exiger une tradition, mais simplement une donation réalisée par un acte valable selon les principes généraux ; une stipulation, par exemple, énonçant une somme plus forte que la *dotis stipulatio* originaire.

Malgré la précision et la clarté indéniables de ces textes, les interprètes ne sont pas tous d'accord pour constater une divergence d'opinion entre Papinien et Ulpien. Le siège de la controverse est dans la loi 23 à notre titre où Ulpien rapporte l'opinion de Papinien, en paraissant l'approuver : « *Papinianus recte putabat orationem divi severi ad rerum donationem pertinere, Denique si stipulanti spopondiset uxori suæ, non putabat conveniri posse heredem mariti , licet. durante voluntate, maritus decesserit.*

C'est bien le refus d'application du S. C. aux donations faites par voie de promesse.

Or, le mot « recte » domine les deux termes de la proposition. De deux choses l'une : Ou Ulpien est en

contradiction formelle avec lui-même dans la loi 23 rapprochée des autres textes cités plus haut : mais c'est inadmissible ; ou il était réellement du même avis que Papinien et ce sont les textes précédents que nous avons mal compris.

Les interprètres ont fait de prodigieux efforts pour concilier cette loi 23 avec l'ensemble des textes d'Ulpien sur la matière ; ils ne nous paraissent pas avoir abouti.

Quant à nous, sans entrer dans le détail de la discussion et des systèmes plus ou moins ingénieux qui ont été imaginés pour arriver à cette conciliation, nous adoptons sans réserve l'opinion de M. Machelard (1) qui professe que le mot « recte » a été ajouté à la loi du 23 par les compilateurs du Digeste sous l'influence de la loi des citations qui, cependant, ne les enchaînait pas et par suite de l'habitude qu'ils avaient de faire fléchir les décisions des autres jurisconsultes devant celles de Papinien. (2)

En somme, quelle que soit la conjecture qu'on adopte, il n'en est pas moins vrai qu'il y a eu inadvertance de la part des auteurs des Pandectes, au moment où ils reproduisaient plus loin des passages intacts d'Ulpien.

Et, pour que ce reproche ne paraisse pas trop téméraire, nous rappelerons que des difficultés surgirent en notre matière du vivant même de Justinien. Ce prince (nov. 162, C. 1) se prononça formellement pour la confirmation, par la mort de l'époux donateur, d'une donation réalisée autrement que par tradition, par stipula-

(1) *Textes sur les donations entre époux* p. 280-281.
(2) M. Accarias. *Précis de Droit Romain*.t. 1, n° 310 note 4.

tion notamment ; c'est-à-dire pour la doctrine que nous croyons avoir été celle d'Ulpien.

SECTION III

Cas où l'application du S. C. rencontrait des obstacles.

Il convient d'étudier maintenant les différentes *hypothèses* où un obstacle quelconque empêchait la confirmation des donations que les époux avaient pu se faire.

Les principaux cas sont les suivants :

Le donateur s'est repenti. — Il a survécu au donataire. — Les époux ont divorcé.

Nous parlerons aussi des effets de la captivité subie par l'un ou l'autre des époux et encore de quelques autres obstacles à la confirmation.

I. LE DONATEUR S'EST REPENTI. — De même que les donations à cause de mort entre époux avaient toujours été considérées comme révocables au gré du donateur, de même, sous l'Empire du S. C., l'époux qui avait gratifié son conjoint par donation entre vifs put, en tout temps et en toute liberté, revenir sur sa libéralité. C'est cette faculté de se repentir que l'Oratio déclare éminemment conforme à la justice. « *Fas esse eum quidem qui donavit pœnitere*, (l. 32, § 2. h. t.)

En pareil cas, la donation est mise à néant.

Pour avoir ce résultat, il faut cependant que le repentir du donateur n'ait pas été suivi lui-même d'un retour à l'*animus donandi*. Ce que le S.C. confirme, c'est la donation faite avec une volonté libre et persistante jusqu'au dernier

jour de l'époux donateur. C'est donc, en somme, à ce dernier jour qu'il faut se reporter pour apprécier si la donation est confirmée ou si elle est définitivement anéantie. Jusque là, tous les changements de volonté sont licites. Le repentir qui révoque inévitablement la libéralité, c'est la *pœnitentia suprema* ; la volonté qui confirme, c'est la résolution dernière : *ut supremum spectemus judicium*

Entre temps, le sort des donations entre époux, analogue à celui des legs et fidéicommis, est incertain et flottant comme la pensée de leur auteur : *ut sit ambulatoria voluntas ejus usque ad vitæ supremum exitum.* (l. 32, § 3.)

Ainsi comprise, la faculté de révoquer n'implique évidemment pas une manisfestation expresse d'intention. A défaut de déclaration formelle, le repentir pourrait s'induire de différentes circonstances ; mais, pour admettre la révocation tacite, il faudra produire des faits présentant un caractère frappant de certitude et dans le doute, la règle d'interprétation sera qu'il faut pencher en faveur de la confirmation de la libéralité. C'est ce que nous dit excellemment Ulpien au § 4 de la loi 32 h. t. : « *Sed ubi semel* « *donatorem pœnituit etiam heredei revocandi pro-* « *testatem tribuimus, si appareat defunctum eviden-* « *ter revocasse voluntatem. Quod si in obscuro sit,* « *proclivior esse debet judex ad comprobandam do-* « *nationem.* »

L'aliénation des choses données faites par le donateur, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux était au nombre de ces faits d'où résultait clairement la volonté de révoquer (l. 32. § 15 h. t. l, 12, C. de don. int, 5. 16). C'est là disons-le en passant, une décision plus rigou-

reuse que celle que nous donnent les Institutes en matière de legs, où, pour qu'il y ait révocation de la libéralité, il faut que l'alinéation ait été faite *adimendi animo*. (Inst. II, 20, § 12.)

Un époux fait donation d'un esclave à son conjoint, puis il affranchit cet esclave. C'est là une aliénation véritable qui révoque la libéralité.

Si l'époux donateur institue pour héritier l'esclave donné, y aurait-il révocation tacite de la libéralité, l'esclave devenant libre et *heres necessarius*, ou devra-t-on décider, au contraire, que cet esclave acquiert l'hérédité pour l'autre époux, resté son maître ?

Dans la loi 22, h. t., Ulpien examine la question, à propos d'une donation *mortis causa*, il est vrai, mais cela ne change en rien la portée de la réponse.

Cette réponse comporte une distinction basée sur *l'animus adimendi*.

L'institution d'héritier sera valable si le mari s'est déterminé à la faire parce qu'il se repentait de la donation et l'esclave deviendra libre et héritier nécessaire.

Si l'institution de l'esclave avait précédé la donation, celle-ci vaudrait révocation de la liberté et l'hérédité serait acquise par le donataire.

De même, si la donation était antérieure à l'institution, mais qu'il fut constant que cette institution n'a pas eu pour but de révoquer la libéralité, ce serait la donation qui devrait sortir à effet avec toutes ses conséquences.

En un mot, selon que l'intention de révoquer existe ou non, ce sera l'institution ou la donation qui l'emportera.

La constitution d'hypothèque doit-elle, au point de vue qui nous occupe, être assimilée à l'aliénation de la chose ? Oui, d'après la loi 12, C. précité. Même règle dans la loi 32 § 5 h, t.

Ce dernier texte nous prouve toutefois que le principe n'est pas inflexible et que la constitution d'hypothèque n'emporte pas forcément révocation de la donation.

Si le donateur n'a pas eu l'intention de révoquer sa libéralité ; si la femme donataire a été laissée en possession et qu'elle soit prête à désintéresser le créancier, la donation sortira à effet : « *Dicendum est donationem valere*. Et le jurisconsulte en donne cette excellente « raison : « *Nam si ab initio ei rem obligatam hoc* « *animo donasset, dicerim vim habere donationem,* « *ut parata satisfacere mulier haberet doli excep-* « *tionem ; quin imo et si satisfecisset, potuisse eam* « *per doli exceptionem consequi ut sibi mandentur* « *actiones.* »

Dans le dernier état du droit, la donation est toujours maintenue, malgré la constitution ultérieure d'hypothèque (nov. 162, C. 1, § 1.)

II. LE DONATEUR A SURVÉCU AU DONATAIRE. —La donation est anéantie, dans ce cas. L'*oratio* s'en explique formellement et fait de la survie du donataire la condition expresse de la confirmation des donations entre époux : « *Oratio, si ante mors contigerit ei cui* « *donatum est, nullius momenti donationem esse vo-* « *luit.... ait enim Oratio, si prior vita decesse-* « *rit qui donatum accepit*(l. 32, § 14 h. t.) Aucune

difficulté sur ce point, par conséquent, si un intervalle de temps appréciable sépare les décès des deux époux, mais où la question deviendra très délicate, c'est quand les deux époux auront péri ensemble, par exemple, dans un incendie, un naufrage, sans qu'il soit possible de reconnaître lequel des deux a survécu.

Dans le § 14, de la loi 32, Ulpien n'examine cette question qu'accessoirement pour arriver à en résoudre une autre assez analogue : celle de savoir si le S. C. s'applique quand les époux sont tombés tous deux aux mains de l'ennemi.

Il se décide pour le maintien de la donation, en argumentant strictement des termes de l'Oratio ci-dessus rapportés. Les deux époux étant morts ensemble, il est impossible de dire que « *prior vita decessit qui donatum accepit.* »

Par la même raison, s'il y avait eu donation réciproque entre les époux, les deux donations vaudraient et cela bien que le S. C. n'ait pas réglé directement cette situation : *licet de commorientibus oratio non senserit.* Mais il ne faut pas oublier que l'assimilation avec les donations *mortis causa* est le principe qui domine toute la matière et la décision qui précède, ont l'eut donnée dans l'hypothèse, où deux personnes, après s'être mutuellement donné à cause de mort, auraient péri ensemble.

La répétition ne pouvant plus être exercée par aucune d'elles : *neutri datam condictionem*, il en faut conclure que leurs héritiers demeurent respectivement enrichis par l'effet des donations.

Sans doute, cette *condictio*, qui meurt avec le dona-

teur lui-même, appelle l'idée d'un droit déjà fixé sur la tête du donataire, mais résoluble par son prédécés.

Pour revenir sur ce fait accompli, il faudrait, de la part des héritiers du donateur, administrer la preuve du prédécés du donataire, ce qu'ils ne peuvent faire avec les commorientes. Ces conditions, nous pouvons les rencontrer, nous les rencontrerons même le plus souvent dans les véritables donations à cause de mort, tandis qu'il n'en est plus de même entre époux.

Ici, la donation n'a jamais pu produire hic et nunc aucun effet, la tradition même n'a pas rendu l'accipiens propriétaire,

Il n'y a donc pas à renveser une situation acquise, et ce serait, au contraire, aux héritiers du donataire, à prouver que leur auteur a acquis le bénéfice de la donation, en d'autres termes, qu'il a survécu.

L'absence de preuve engendrerait donc une présomption contraire à leur prétention. Cependant les jurisconsultes romains, à l'incomparable logique desquels ce raisonnement n'avait pu échapper, firent marcher exactement de pair les deux espèces.

Marcien le dit formellement pour le cas de donations réciproques (l. 26, D. de mort. caus. don. 39, 6) ; Paul (l. 8, *de reb. dub.* 34, 5.) décide à son tour qu'une donation entre époux commorientes est maintenue par ce motif qu'il n'y a pas de donateur pour en répéter l'émolument : *eo maxime quod donator non supervivat, qui rem condicere possit.*

C'est là une décision de pure bienveillance et nous en avons rencontré déjà plusieurs de même nature, au cours de ce travail.

III. Les époux ont divorcé. — Le divorce, qui brise le lien du mariage, semble incompatible avec la persistance de l'intention libérale chez l'époux donateur et, pour que la donation fût confirmée en vertu du S. C., nous savons que le donateur devait persévérer dans cette intention jusqu'à son dernier jour.

Il est donc permis de rattacher à l'idée de *pœnitentia* l'obstacle que le divorce apporte à la confirmation des donations entre époux.

Le divorce infirmait les donations à cause de mort que les époux pouvaient se faire dans l'ancienne législation (l. 11 § 10 h. t.) ; il infirmera maintenant toutes les donations entre époux, en général (l. 32 § 10 h. t.)

Il n'y a même pas à distinguer, en principe, si le divorce intervient *bona gratia* ou autrement. Cette distinction eût été logique, mais on ne la fit pas ; les textes le prouvent absolument (l. 62 § 1 h. t. ; l. 18 C. *de don. int.)*

Toutefois, un fait constant l'emporte sur une présomption. Dans les divorces qui n'ont pas lieu *cum ira animi et offensa* il peut se faire que l'époux donateur entende, quand même, maintenir la donation antérieure. Pour cela, il faudra qu'il déclare formellement sa volonté : *Si maritus uxori donatum vult, valeat donatio* (l. 32 § 10 h. t.)

Le rétablissement du mariage engendrerait même une présomption contraire à la précédente ; c'est-à-dire, que la donation serait confirmée plus tard par le décès du donateur qui, en reprenant la vie commune, paraît être revenu à ses intentions primitives (l. 32 § 11 ; l. 62 § 1).

D'ailleurs des mésintelligences passagères entre les époux n'ont aucune influence sur le sort des donations : *Profecto valebit donatio si fribusculum quievit* (l. 32 § 12 h. t.) pas plus, du reste, que des habitations séparées, sans que cependant les époux cessent de se considérer comme mari et femme : des nécessités de situation sociale peuvent en rendre suffisamment compte : *Quod scimus interdum et inter consulares personas subsecutum.*

Jusqu'à Antonin le Pieux (Paul. sent. V, 6 § 15), le père de famille, qui avait conservé la puissance paternelle sur un enfant marié, pouvait lui imposer le divorce et signifier lui-même la répudiation. Malgré la suppression de ce droit exhorbitant, il en resta quelque trace sur le point qui nous occupe. Ainsi l'envoi par un beau-père à sa bru du libellé de divorce anéantissait la donation qu'il lui avait faite, parce que, quant à eux, le mariage était censé dissous, bien que persistant, en réalité : *Concordantibus viro et uxore* (l. 32 § 19 h. t.). De même (§ 20) si les deux beaux-pères s'étaient fait des donations réciproques, l'envoi du *repudium*, *invitis filiis*, en entraînait encore la caducité.

IV. Captivité des époux. — La captivité subie par l'un ou l'autre des époux amenait, tout naturellement, l'application des règles ordinaires de la matière, c'est-à-dire le recours à la double fiction grâce à laquelle un citoyen romain, pris par l'ennemi, échappait aux conséquences légales de l'esclavage. Ce citoyen, de retour dans ses foyers, était, en effet, grâce à la fiction du *postlimi-*

nium, considéré comme n'ayant jamais été captif (l. 12 § 6 ; l. 16 D. *de capt. et postl. rever.*, 49, 15). S'il ne revenait pas, la fiction de la loi *Cornelia* le faisait réputer mort à l'instant même de son entrée en captivité (l. 18 eod. tit.)

En revanche, le *postliminium* ne pouvait pas être invoqué quant à la prolongation du mariage, lorsqu'un seul des époux, le mari par exemple, avait été réduit en captivité. Le mariage était définitivement dissous à cet instant même et il fallait la volonté de la femme pour le renouer au retour du captif et ce sans effet rétroactif (l. 12 § 4 ; l. 14 § 1 eod. tit.).

Nous avons signalé précédemment cette conséquence de la notion que nous croyons la plus vraie du mariage romain.

Elle est forcée du moment qu'il n'y a pas de mariage possible là où la femme n'est pas à la disposition physique du mari. D'autre part, le *postliminium* eût été invoqué avec succès et le mariage considéré comme non interrompu si les époux, faits prisonniers ensemble, étaient rentrés ensemble de captivité. En effet, l'enfant qu'ils auraient eu *in captivitate* serait *justum et in potestate patris*, ainsi que nous l'apprend la loi 25 eod. tit.)

Après avoir ainsi rappelé brièvement les principes de la matière, appliquons les deux fictions susmentionnées à la question des donations entre époux.

Si l'un des époux seulement est fait prisonnier, la réponse est facile. Est-ce l'époux donateur ? Sa mort chez l'ennemi, pourvu que le conjoint donataire fût vivant au

jour de l'entrée en captivité, confirme la donation purement et simplement.

Est-ce le donataire? S'il rentre plus tard dans ses foyers et que le donateur soit mort dans l'intervalle, la donation sera également confirmée.

Où le problème devient délicat, c'est lorsque les deux époux, faits prisonniers en même temps, meurent tous deux *in captivitate* : *Si ambo ab hostibus simul capti sunt, amboque ibi decesserint non simul* (l. 32 § 14 h. t.) C'est pour donner une solution sur ce point qu'Ulpien examine d'abord et accessoirement l'hypothèse des époux *commorientes* au § 14.

Nous connaissons sa décision pour ce dernier cas.

Ici, reprenant cette donnée de libéralités réciproques, il pouvait : ou s'attacher à l'époque où la captivité a été encourue et dire que les deux donations seront confirmées par assimilation de cet événement à la mort simultanée des deux époux ; ou annuler les deux donations, parce que le mariage est rompu du vivant des deux époux et que la confirmation de la donation suppose le maintien du mariage ; ou, enfin, prendre en considération l'ordre réel des décès, l'époux survivant recueillant seul le bénéfice de la donation qui lui est faite.

Ulpien se décide pour le premier parti et applique purement et simplement la fiction de la loi Cornelia : *Mea tamen fert opinio, ubi non reverterunt, ut tempus spectandum sit captivitatis quasi tunc defecerint*, et il ajoute, pour le cas de retour d'un seul des deux époux qui ont été pris ensemble : *Quod si alter redierit, eum videri supervixisse, quia rediit* (§ 14).

V. Autres obstacles a la confirmation. — Nous venons d'étudier les conséquences de la captivité des époux au point de vue des donations qu'ils avaient pu se faire l'un à l'autre.

Si ces époux, au lieu de tomber au pouvoir de l'ennemi, deviennent esclaves d'un particulier ou de la peine, les mêmes conséquences se produiront-elles ?

En aucune façon. Ulpien examine d'abord, au § 6 de la loi 32 h. t., le cas où l'époux donateur *servus fuerit effectus privati* et il déclare que *dicendum est non impletam sed peremptam donationem ; quamvis morti servitus comparetur.*

Cette solution ne nous étonnera pas si nous nous rappelons que celui qui devient esclave d'un particulier perd tout droit de disposition, en même temps que ses biens passent à son maître par une *successio in universitatem*, analogue à celle qu'entraîne l'*adrogatio* ou la *conventio in manum* (Gaius C. III § 83). Or, en matière de donation entre époux, comme pour les libéralités testamentaires, il faut chez le disposant pleine capacité au moment de la mort ou de l'événement qui y est assimilé. Ici, cette capacité est retirée au donateur précisément à l'instant où elle lui serait nécessaire.

Dans le cas de captivité chez l'ennemi, c'est par une mesure de faveur qui n'aurait plus de raison d'être en notre espèce que le prisonnier est réputé mourir dans l'intégrité de ses droits.

Si c'est l'époux donataire qui devient esclave d'un particulier, la donation est évidemment anéantie : *Proinde et si ipsa in servitutem redigatur cui donatum est, extincta erit donatio* (même §).

L'époux donateur, s'il encourrait l'esclavage de la peine, ne pouvait être traité moins rigoureusement que dans l'hypothèse précédente. Au surplus, l'assimilation entre les deux cas devait se faire, alors même qu'il aurait cherché à prévenir par un suicide une condamnation qu'il savait inévitable. Le suicide *metu criminis* ou *conscientia sceleris* équivalait dans les idées romaines à une condamnation irrévocable, et avait, en principe, pour conséquence, la confiscation des biens du suicidé (l. 3, pr. et § 1, 3, 4, 6, de *bonis eor.* 42. 21).

Dans un cas même, la mort, même involontaire, d'un accusé au cours des poursuites n'arrêtait pas le procès, et si sa mémoire était condamnée, ses biens étaient attribués au fisc.

Cette dérogation aux principes avait lieu pour le crime de *perduellio* (l. 11. D. *ad leg, Jul. majest.* 48. 4). Dès lors, et comme conclusion, si un époux s'est suicidé dans les circonstances ci-dessus indiquées, ou s'il est décédé sous le coup d'une accusation de haute trahison et que sa mémoire ait été condamnée : *post mortem ejus memoria damnata*, il faut décider avec Ulpien (§ 7), que les donations qu'il aurait pu faire à son conjoint deviendront caduques, comme toute donation *mortis causâ* en général.

A partir de Constantin, les principes sont changés à l'avantage du conjoint donataire. La loi 24 C. *de don. int.* nous apprend que, désormais, la condamnation capitale ou la *servitus pœnæ* encourue par l'époux donateur, seront assimilées à sa mort naturelle et, qu'en conséquence les donations par lui faites à son conjoint seront confirmées.

Cette loi se sert de termes très généraux et, bien qu'elle ne comprenne pas nommément toutes les hypothèses examinées tantôt, elle nous paraît les régir toutes sans distinction.

Un autre obstacle à la confirmation pouvait, dans certaines circonstances, résulter de l'émancipation.

Prenons par exemple, une donation faite par l'un des deux beaux-pères à l'autre, puis que l'un des deux époux ou tous les deux soient ensuite émancipés. C'est l'hypothèse du § 21 de la l. 32 h. t.

Le lien de puissance étant rompu, le même donateur et le même donataire pourraient, à l'avenir, se faire librement des donations, mais, pour cette raison même, la donation déjà faite ne rentre plus dans le domaine du S. C. : *Si consocer... debet dici donationem ad Orationem non pertinere ; et ideo infirmari donationem.*

Un autre obstacle à la confirmation des donations entre époux, résultait de l'état d'insolvabilité de l'époux donateur. Il en était ainsi, alors même qu'en faisant la donation, l'époux donateur n'aurait pas eu l'intention de frauder ses créanciers et que ceux-ci ne pourraient pas recourir à l'action Paulienne et cela par une suite naturelle des principes. En effet, les donations *mortis causa* faites par un débiteur insolvable sont dénuées de valeur par suite de l'assimilation de ces donations avec les legs. Or, dans la législation postérieure au S. C., la décision en ce qui concerne les donations entre époux, doit être la même que pour les donations *mortis causa*.

De même, si la donation entre époux ne laissait pas

intacte la quarte légitime, elle ne pouvait être confirmée pour le tout.

De même encore, les donations entre époux ayant été soumises au régime de la loi Falcidie, l'empiètement sur la quarte établie par cette loi valait infirmation partielle de la libéralité.

Enfin dans le droit de Justinien, et sans revenir sur les innovations de ce prince en notre matière, innovations précédemment signalées, les donations excédant 500 solides, qui n'avaient pas été insinuées, ne pouvaient être confirmées par le prédécès du donateur que jusqu'à concurrence de 500 solides ; pour le surplus, le défaut d'insinuation venait faire obstacle à la confirmation.

APPENDICE

—

Des restrictions apportées aux donations entre époux dans les 2mes noces.

Il est d'évidence que pendant la période du droit classique et sous l'empire des lois caducaires dont l'esprit et la portée politique sont bien connus, il ne pouvait être question de restreindre les libéralités entre époux dans les secondes noces.

L'intérêt des enfants du premier lit de l'un des époux n'était même pas pris en considération par le législateur ; cet intérêt, le plus grave qui soit ici mis en jeu, était sacrifié à la faveur accordée à la multiplication des mariages.

Ce furent les empereurs chrétiens qui entrèrent dans la voie de la protection des enfants du premier lit. L'idée de modifier en leur faveur le principe de la liberté qui avait fini par prévaloir en matière de donation entre époux, idée dont nous suivrons le développement dans l'ancien droit et dans notre loi civile actuelle, vit jour pour la première fois en 382, par une Constitution des empereurs Gratien, Valentinien II, Théodose Ier, désignée comme les autres textes que nous rencontrerons dans la matière, par les mots qui figu-

rent en tête, et connue sous le nom de loi *feminæ quæ* (l. 3, C. de sec. nupt. 5. 9). — Par cette Constitution, les empereurs décidèrent que la veuve qui se remarierait, après le temps prescrit devrait conserver aux enfants du premier lit, ou à celui d'entr'eux qu'elle choisirait, tous les biens en général, qu'elle tenait de son premier mari.

L'usufruit seul de ces biens lui restait ; si elle les aliénait, elle en devait récompense aux enfants du premier lit sur son propre patrimoine (l. 3 pr.)

De même, en cas de décès d'un de ses enfants du premier lit, elle devait réserver aux autres la nue propriété des biens par elle recueillis dans sa succession, testamentaire ou *ab intestat*. Elle ne devenait pleine propriétaire et capable de tester sur tous ces bien qu'en cas de prédécès de tous ses enfants du premier lit (l. 3, § 1).

Par une sorte de réciprocité, les Empereurs Théodose II et Honorius décidèrent en 422 que les enfants du 2e lit recueilleraient seuls les biens que leur mère tiendrait du second mari (l. 4, eod. tit.)

Par la Constitution dite *Generaliter* de l'an 444, les Empereurs Théodose II et Valentinien III rendirent les dispositions de la loi *feminæ quæ* applicables au veuf convolant en secondes noces. D'autre part, les enfants, pour profiter du bénéfice de l'une ou de l'autre loi n'eurent pas besoin d'être héritiers de celui de leurs auteurs qui était mort le premier ; il leur suffit d'accepter l'hérédité du survivant : *scilicet si ejus qui posterior moritur hereditatem crediderit adeumdam*. Et cela, de

crainte qu'une règle toute de faveur pour les enfants parut tourner à leur désavantage dans certains cas.

C'est donc principalement en vue de protéger les enfants du premier lit que fut restreinte dans les secondes noces la faculté de s'avantager entre époux.

Dans un autre ordre d'idées et agissant directement contre le convol, Théodose Ier et Valentin II, avaient promulguée en 380 une Constitution par laquelle la veuve *infamis* (comme s'étant mariée avant l'expiration du temps de deuil) ne pouvait, ni apporter en dot à son nouveau mari plus du tiers de ses biens, ni lui laisser non plus au-delà du tiers par acte de dernière volonté.

Enfin, une autre Constitution, rendue en 469 par les empereurs Léon et Antemius, réalisa un nouveau progrès dans la protection des enfants du premier lit. Elle porte le nom de loi *Hac Edictali*. Jusque là, le veuf ou la veuve, qui se remariait, demeurait libre d'avantager son nouvel époux sur ses biens personnels dans les conditions ordinaires. Les enfants se trouvaient exposés à être dépouillés par leur père ou leur mère, trop évidemment soumis à l'influence du nouveau conjoint ; dépouillés différemment, mais non moins injustement. C'est à ce genre de lésion que vint remédier la loi *Hac Edictali*.

Statuant pour le veuf, aussi bien que pour la veuve, elle décida que l'époux qui convolerait à un second ou subséquent mariage, ne pourrait donner à son nouvel époux, soit par legs ou *fidéicommis*, soit à titre de dot ou de donation *ante nuptias*, soit par donation *mortis causa* ou par donation ordinaire, une quotité supérieure

à la part que recueillerait un des enfants du disposant ; et même, en cas de partage inégal, plus qu'il n'en reviendrait à l'enfant moins prenant : « *plus quam filius vel filia habet cui minor portio ultima voluntate derelicta vel data fuerit aut donata* ». Si cette limite était dépassée, la partie de la libéralité formant excès, revenait aux enfants du premier lit seuls (l. 6 pr. *in fine* et l. 9 pr. *eod. tit.*).

Le texte ajoute : *omni circumscriptione, si qua per interpositam personam vel alio quocumque modo fuerit ex cogitata, cessante.*

Les enfants du second lit ne pouvaient critiquer la disposition excessive que si leur légitime était entamée.

Tel est, dans ses grandes lignes, le système législatif en vigueur à l'avènement de Justinien. Il nous reste à exposer succinctement les modifications que ce prince lui fit subir.

A. — En ce qui concerne le champ d'application des lois *feminæ quæ et generaliter*, la nécessité de conserver aux enfants du premier lit les gains nuptiaux qui avaient leur source dans le premier mariage fut étendue au cas de dissolution de mariage par le divorce, quelle qu'en fût la cause (l. 9 C. *eod. tit. nov.* 22. C. 30).

La loi 6 § 2 C. *eod. tit.* donnait aux enfants, pour garantir la restitution prescrite par les lois ci-dessus, une hypothèque tacite sur les biens de leur mère remariée.

Justinien étendit cette décision au père remarié. (l. 8 § 4).

Par la nov. 2, C. 1, il enleva à l'époux remarié le droit de choisir, parmi ses enfants du premier lit, celui ou ceux auxquels serait exclusivement attribué le bénéfice des biens réservés. Tous les dits enfants durent recueillir ces biens dans des conditions d'égalité absolue (nov. 22 C. 25).

Cette même novelle 22, C. 26 § 1 contient une disposition d'un autre genre, importante à noter : Désormais, les enfants du premier lit n'eurent plus besoin, pour acquérir ces gains nuptiaux, d'accepter au moins la succession du dernier mourant de leur père et mère ; leur qualité d'enfant leur suffit.

Pour la disposition de la loi *feminæ quæ*, relative au cas où la mère remariée succédait à un des enfants du premier lit, on distingue, en dernier lieu (nov. 22 C. 46) si l'enfant a testé ou non.

Dans le premier cas, il peut laisser à sa mère la pleine propriété de tous ses biens (§ 1).

Dans le 2e cas la mère recueille les biens étrangers au premier mari en propriété et ceux venant de lui en usufruit seulement. (§ 2).

Si les enfants prédécédés avaient laissé des descendants, ceux-ci recueilleraient la part dans les gains nuptiaux du premier mariage (l. 8 pr. eod. tit),

La conservation de la nue propriété de ces gains fut pour un moment, imposée même à l'époux non remarié (nov. 98 C. 1). Dans le dernier état du droit de Justinien l'époux fidèle à la mémoire de son premier conjoint, vu l'intêret particulier dont il est digne, prend sur ces gains nuptiaux une part égale à celle de chacun de ses enfants. (nov. 127, C. 3).

B. — Pour la loi *Hac Edictali*, la première modification que Justinien y apporta consista dans l'attribution égale à tous les enfants (tant du second ou subséquent mariage que du premier) de la portion retranchée comme excessive, à la libéralité faite par leur père ou mère à son nouvel époux. C'est l'objet de la loi *Quoniam* : *in capita inter omnes dividenda sancimus.*

Plus tard, Justinien revint au droit antérieur, sans en donner d'autre raison que son bon plaisir: *Inter eos solos ex œquo dividitur ut oportet : namque ex secundis nuptiis filios participari etiam horum scriptum quidem in quadam constitutione est : non tamen etiam nunc nobis placet (nov.* 22 C. 27).

Nous trouvons deux autres dispositions notables sur le même sujet dans cette novelle 22.

Au chapitre XXVIII, il est dit qu'il faut, pour établir le quantum de l'avantage auquel peut légitimement prétendre le nouveau conjoint, considérer l'état du patrimoine du disposant au jour de sa mort et non pas au jour de la disposition et cela en raison des caprices de la fortune.

Au chapitre XXXI, il est indiqué que l'époux remarié qui a des enfants du premier lit, ne peut pas, contrairement à la règle générale, diminuer au cours du mariage la dot ou la donation *ante nuptias.*

Soit une femme remariée qui voudrait diminuer sa dot parce qu'elle dépasse les limites de la loi *Hac Edictali.* Cette diminution serait contraire aux intérêts des enfants du premier lit. En effet, la dot n'est plus gagnée par le mari par cela seul qu'il survit et sauf des conventions

spéciales (l. un. C. § 6 *de rei ux. act.* 5, 13) et la portion excessive de cette dot étant attribuée aux seuls enfants du premier mariage, il vaut mieux pour eux laisser les choses en l'état que d'opérer d'avance une diminution qui, dans cette mesure, rendrait libres entre les mains de leur mère les biens sur lesquels ils ont actuellement des droits.

Constatons en terminant, à l'honneur de Justinien, une réforme éminemment humaine qui, sans rentrer directement dans l'objet de cette étude, marque au moins un revirement profond dans la façon d'envisager les libéralités entre époux, puisqu'elle a pour but précisément de suppléer dans certains cas, à l'absence de ces libéralités.

La Nov. 53, C. 6, suppose qu'un époux riche laisse, en mourant, son conjoint dans la misère, parce que celui-ci n'a pas de fortune personnelle, et qu'il n'y a eu ni dot ni donation anténuptiale : « *Si moriens quidem* « *aut vir aut mulier locuples sit* ; *ille vero vel illa* « *superstes pauper existat* (§ 2) ».

Dans ce cas, le conjoint survivant aura droit à un quart des biens du prédécédé, ou au complément de ce quart, s'il a reçu une libéralité de moindre valeur. C'est ce qu'on a appelé depuis : la quarte du conjoint pauvre.

La portée de cette législation fut atténuée par la Nov. 117. C. 5, qui retira au mari le bénéfice de la disposition précédente dont la femme seule pût, désormais, se prévaloir. Encore, les droits de celle-ci n'étaient-ils fixés à un quart que si le mari laissait au plus trois enfants, tant du mariage actuel que d'un précédent.

S'il y avait des enfants communs, la part de leur mère leur était attribuée en nue propriété, l'usufruit seul lui étant conservé.

Quoi qu'on puisse penser de ce retour en arrière, l'Empereur protégeait encore celui des deux époux qui, seul et pauvre, a le plus besoin d'aide et on ne peut que le louer d'une sollicitude dont notre Code n'offrait aucune trace avant la loi du 9 mars 1891 qui, par un retour aux traditions les plus certaines de notre législation nationale, est venue bien tardivement combler une lacune profondément regrettable dans l'œuvre législative de 1804 et faire disparaître une véritable injustice de notre loi civile.

Nous avons ainsi terminé l'exposé des diverses phases de la législation romaine en ce qui concerne les donations entre époux.

Dans une autre partie de ce travail, nous devons présenter les règles qui régissent ces libéralités dans notre droit actuel, au point de vue spécial des limites apportées à la disponibilité des biens entre époux.

Nous allons, au préalable, examiner brièvement ce que sont devenus les principes du droit romain dans notre ancien droit et dans le droit intermédiaire ; nous établirons ainsi la liaison la plus naturelle entre l'étude qui précède et celle qui va suivre.

ANCIEN DROIT

L'ancienne France avait deux législations bien distinctes qui dominaient l'infinie variété des règlements et usages locaux :

LE DROIT ÉCRIT dans les pays du midi où l'empreinte de la civilisation et par suite de la législation romaine avait résisté à la tourmente des invasions et à la barbarie du Moyen-Age : le droit Romain y formait la règle, le droit commun; on n'y recourait aux usages et coutumes qu'à titre de complément :

LE DROIT COUTUMIER dans le Nord où les invasions des barbares avaient plus profondément bouleversé les institutions antérieures que les conquérants remplacèrent par les usages de leur race. Ces usages devinrent, par la suite, de véritables lois locales, offrant des diversités de caractère très marquées et finirent par être l'objet d'une rédaction officielle : le droit Romain n'était appliqué qu'à titre exceptionnel et supplétif.

Les différences de ces deux législations étaient trop profondes pour que, malgré leurs points de contact indéniables, nous puissions les confondre dans une même étude.

Nous devons, au contraire, distinguer soigneusement le droit écrit du droit coutumier.

SECTION I — *Droit écrit.*

Ce droit n'étant que la continuation du droit Romain, avec certains changements dus au temps et à la diversité des mœurs, nous nous trouvons en face d'une situation analogue à celle que nous avons étudiée aux dernières époques de la législation romaine. (1)

La prohibition des donations subsiste, mitigée par le S.C. Emilien dont nous connaissons la portée et les conséquences pratiques.

Aussi, à partir de 1731, ce fut une grave question que celle de savoir si les principes du droit Romain pouvaient toujours être appliqués en notre matière, ou si, au contraire, les donations entre époux, à raison de leur assimilation avec les donations à cause de mort, étaient désormais interdites par l'article 3 de l'ordonance de 1731, qui porte : « Qu'il n'y ait plus dans nos Etats que « deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit, « dont l'une sera celle des donations entre vifs, l'autre « celle des testaments et codicilles. »

(1) Furgole, sur l'art. 46 de l'ord. de 1731.
Despeisses, *des Contrats* p. 1 *et des donations* Sect. 1 n° 24.

Pothier, dans son traité des donations entre mari et femme n° 6, s'exprime ainsi à propos de cet art. 3 de l'ordonnance de 1731 :

« Suivant cette disposition de l'ordonnance, il ne « peut plus y avoir que deux espèces de donations qui « soient valables ; les donations entre vifs, et celles qui « sont revêtues de la forme des testaments ou des codi- « cilles. Or, la donation, faite entre mari et femme, « quoique le donateur soit mort sans avoir changé de « volonté, n'appartient ni à l'une ni à l'autre de ces « deux espèces. Elle n'est pas donation entre vifs, le « donateur ayant eu jusqu'à sa mort le droit de la révo- « quer. Elle n'est pas non plus revêtue de la forme des « testaments ou codicilles ; elle ne peut donc plus au- « jourd'hui être valable. »

Il constate ensuite que, nonobstant ce raisonnement, les Parlements de province étaient demeurés attachés aux principes du droit Romain. — C'est ce qui paraît, « dit-il, par l'art. 40 des réponses faites par le Parle- « ment de Toulouse, depuis l'ordonnance de 1731, aux « questions proposées par M. le Chancelier d'Agues- « seau. »

Le même auteur nous apprend que le Parlement de Paris avait décidé en sens contraire et prononcé la nullité d'une donation entre époux, en vertu de l'ordonnance de 1731.

Cette dernière solution était-elle commandée par le texte de l'ordonnance de 1731 ? Non ; l'art. 3 paraît avoir visé une simple question de forme, et, du reste, les donations entre époux n'étaient pas, à proprement par-

ler, des donations à cause de mort. L'innovation de Justinien relative à la quarte du conjoint pauvre avait subsisté et avec la généralité d'application qu'elle avait à son origine.

Nous rencontrons, en outre, dans la législation des pays de droit écrit, des institutions nouvelles : l'augment et le contre augment de dot.

L'augment de dot. C'est ainsi que son nom l'indique, une valeur que la femme peut prendre, en sus de sa dot et dans la succession de son mari. Cette valeur était réglée par le contrat, à défaut, par l'usage.

Le contre-augment de dot. C'est, le droit pour le mari de retenir une part de la dot de son épouse prédécédée.

L'augment et le contre-augment de dot ne pouvaient consister qu'en usufruit, s'il restait des enfants communs.

Quant aux secondes noces, on appliquait purement et simplement le droit de Justinien.

SECTION II. — *Droit coutumier*

AVANT PROPOS. — Il serait intéressant de rechercher les origines des libéralités entre époux chez les barbares qui vinrent se fixer sur notre sol, mais cette étude nous entraînerait à des développements hors de proportion avec le cadre de ce travail.

Contentons nous d'indiquer que chez les peuples dont nous parlons, le mariage s'est conclu pendant longtemps sous forme de vente. Pour les Germains, nous avons le

témoignage de Tacite, bien que l'éminent historien n'ait pas dégagé nettement le caractère des présents faits par le futur aux parents de la fiancée.

Moyennant ce prix, la femme était soustraite à l'autorité paternelle (mundium) pour tomber sous le mundium de son époux.

De bonne heure toutefois, dans les lois franques, le prix devint purement symbolique.

Par la suite, le mari remet des biens à sa femme avant le mariage, pour assurer sa situation en cas de survie, ce fut la dot : biens essentiellement mobiliers, à l'origine.

Outre la dot, la femme reçoit de son mari le lendemain du mariage, un présent appelé morgengab ou don du matin. C'est le prix de la beauté de l'épouse et de sa virginité : *præmium defloratæ verginitatis.*

Plus tard, la dot, qui précédait le mariage et le morgengab qui le suivait se confondirent pour donner naissance au douaire. Il est certain que le douaire est la dot germanique (1) mais il est aussi le morgengab, ainsi que l'atteste cette règle de notre vieux droit : Au coucher gagne la femme son douaire. (2)

Le douaire toujours conventionnel au début, devint légal, à partir de Philippe-Auguste.

Dans sa constitution définitive, il ne rappelle que de très loin ses origines ; il n'est plus, en somme, « qu'une « libéralité faite à la femme pour conserver la mémoire

(1) Delaurière sur Loisel 1. 111. 1.
(2) Loisel 1. 3. 5.

« de la dignité et honneur des maisons de leurs maris (1)
« et il est très exactement défini par Pothier : (2) ce que
« la convention ou la loi accorde à la femme, dans les
« biens de son mari, pour sa subsistance, en cas qu'elle
« lui survive. »

En ce qui concerne les donations entre époux pendant le mariage, il ne semble pas que les lois barbares les aient prohibées. De nombreuses formules nous ont été conservées qui attestent combien ces dons étaient fréquents. Plus tard, cette liberté fut soumise à diverses restrictions.

Les Etablissements de Saint-Louis (*de don entre fame et home* 1, *ch.* 112), ne permettent qu'une libéralité par acte de dernière volonté, au moins quand c'est la femme qui avantage le mari, et encore faut-il que les époux ne laissent pas d'enfants mâles et que la libéralité ne dépasse pas le tiers des biens.

Au XV^e^ siècle, la prohibition absolue est chose accomplie. Bouteillier l'exprime nettement : « Tu peux et dois
« sçavoir que combien qu'expressement soit défendu
« que le mary, durant le mariage ne puisse rien donner
« à sa femme, ni la femme au mary. » (3)

§ 1. — *Législation des coutumes.*

« A l'égard de nos coutumes, il y a beaucoup de va-
« riétés entre elles sur les donations entre mari et
« femme. » (4)

(1) Coquille. *Inst. au D. Franc.*T. des Douaires.
(2) Pothier. *Traité du Douaire* n° 1.
(3) Somme rurale (1521) t. 45.p. 328.
(4) Pothier. *Traité des donotions entre mari et femme.*n°7.

Ceci dit, Pothier nous annonce qu'il va diviser les coutumes en quatre principales classes.

Dans la *première classe*, il place celles qui défendent toute espéce de liberalité directe ou indirecte entre époux, non seulement par donation, mais encore par testament. Ce sont les plus nombreuses et parmi elles, les coutumes de Paris et d'Orléans.

Dans la *deuxième classe*, il range les coutumes qui défendent les donations entre époux pendant le mariage, mais qui permettent les libéralités testamentaires, soit expressément, comme celles de Château-Neuf, Peronne, Chartres etc..., soit parce qu'elles ne se sont par expliquées sur ce point, comme celle du Nivernais.

L'illustre jurisconsulte subdivise ensuite cette classe :

1° Relativement au cas où un conjoint peut donner à l'autre par testament.

Certaines ne le permettent que s'il n'y a pas d'enfants (coutume de Mantes) ; d'autres (Péronne etc.....) le permettent, qu'il y ait des enfants ou non.

2° Relativement aux biens qu'un conjoint peut donner à son époux par testament.

Les unes lui permettent de donner autant qu'à un étranger (Péronne, Ponthieu, etc...) ; les autres ne lui permettent cette libéralité que sous certaines restrictions qui varient avec chaque coutume (Reims, Amiens etc..)

La *troisième classe* comprend les coutumes qui admettent non seulement les donations testamentaires, mais aussi les donations simples entre vifs, lorsque le conjoint donateur prédécéde sans les avoir révoquées, conformément aux principes du droit Romain.

Dans la *quatrième classe* nous trouvons les coutumes qui autorisent les époux à se faire de véritables donations entre vifs, irrévocables, au moins en certains cas et sous certaines restrictions (Cout. d'Angoumois, Montfort, Saint-Jean d'Angély etc...)

La coutume d'Auvergne doit être classée à part, à raison de son originalité.

Elle faisait (ch. 14, art. 28) une remarquable distinction entre l'homme et la femme.

Le mari pouvait faire donation entre-vifs à sa femme de la totalité de ses biens sauf la légitime des enfants ; la femme ne pouvait absolument rien donner à son mari.

En somme, la règle qui domine dans le droit coutumier, c'est la prohibition des donations entre époux pendant le mariage.

Les motifs qui avaient inspiré la prohibition à Rome ne furent certainement pas étrangers à cette décision des coutumes, mais la principale raison, dont la prépondérance est incontestable dans notre ancien droit coutumier, est celle si bien mise en relief par Ferrières :

« La raison pour laquelle nos coutumes se sont écar-
« tées des lois romaines, en défendant aux conjoints par
« mariage toute espèce d'avantages et de donations est
« fondée sur le soin et le désir de conserver les biens
« dans les familles, qui a servi de fondement à la plus
« grande partie des dispositions coutumières.....; on
« a considéré que l'Etat ne peut se maintenir que par
« ce moyen ; autrement les conjoints par mariage qui
« n'auraient pas d'enfants se donneraient tous leurs

« biens l'un à l'autre et feraient passer des successions « opulentes dans des familles étrangères. » (1).

La prohibition était très rigoureuse et, pour en assurer l'effet, la plupart des coutumes l'avaient étendue même aux contrats à titre onéreux entre époux qui n'étaient pas justifiés par une cause nécessaire.

Il importe toutefois de remarquer qne, malgré l'extrême rigueur de cette prohibition, la plupart des anciennes coutumes admettaient dans certains cas et pour certains biens, le don mutuel entre mari et femme, avantage où tout devait être égal de part et d'autre, où l'on prenait en considération l'âge et l'état de santé des époux et qui, réalisé de conformité aux prescriptions de la coutume, était irrévocable, la mutualité paraissant écarter suffisamment les dangers de la captation.

Cette matière du don mutuel avait pris une importance considérable, en raison de la prohibition des donations, et Pothier y consacre toute la deuxième partie de son *Traité des donations entre mari et femme.*

Il débute en nous indiquant que : « Il y a beaucoup de « variétés dans nos coutumes par rapport au don mu- « tuel entre mari et femme. » (2) Et il subdivise les Coutumes en huit espèces de variétés.

Sans suivre l'éminent auteur dans son énumération et l'exposé des caractères qui différencient les Coutumes, voyons seulement les grandes lignes :

Telle Coutume veut qu'il n'y ait pas d'enfants (Paris-Orléans) ; telle autre ne l'exige pas (Reims, Péronne).

(1) Ferrières, Gloss. 2, n° 6 sur l'art. 282 de la C. de Paris.
(2) Pothier, *Traité des don. entre m. et f.*, 2e partie, pr.

Celles-ci ne permettent les libéralités que relativement aux biens de la communauté (Paris, Orléans) ; d'autres permettent d'y comprendre une partie des propres.

Les Coutumes de Paris et d'Orléans ne permettent les donations qu'en usufruit ; d'autres autorisent la donation en propriété.

L'une veut qu'il y ait égalité parfaite entre les dons ; ailleurs cette condition n'est pas exigée.

Ici, l'on veut que le don mutuel soit sujet à délivrance (Cout. de Paris) ; là, on accorde la saisine de plein droit au donataire (Cout. du Bourbonnais).

Enfin, les Coutumes qui permettent le don mutuel en usufruit diffèrent entre elles, même à cet égard.

La Coutume de Paris exige du donataire une bonne et suffisante caution. Celle du Grand-Perche se contente de la caution juratoire ; celle de Blois ne l'oblige à donner caution qu'en cas de subséquent mariage.

Enfin, certaines Coutumes (Bretagne, Château-Neuf) font perdre au survivant qui a des enfants son don mutuel, lorsqu'il se remarie.

Il nous reste à parler, pour terminer ce résumé succint de notre ancien droit sur la matière des donations entre époux, du célèbre édit des secondes noces.

§ 2. — Edit des secondes noces.

Jusqu'en 1560, aucune restriction, en cas de convol, n'était apportée dans les pays de Coutume, à la liberté qu'avaient les futurs époux avant le mariage et par contrat de mariage, de s'avantager aussi largement qu'il leur

convenait ; ils étaient, de tous points, sous l'empire du droit commun.

Aucune protection spéciale pour les enfants du premier lit dont le patrimoine pouvait être gravement compromis par la faiblesse ou la passion d'un père et surtout d'une mère contractant un nouveau mariage.

A cette époque, juillet 1560, fut rendu par François II, sous l'inspiration du chancelier Michel de l'Hôpital, un important édit connu sous le nom d'« Edit des secondes noces ».

L'événement à l'occasion duquel cet édit fut proposé au roi est bien connu :

La dame Anne d'Alègre ou d'Aligre, veuve et mère de huit enfants, s'était remariée avec un homme beaucoup plus jeune qu'elle, Georges de Clermont qu'elle aimait avec passion et auquel elle fit une donation absolument excessive.

Le préambule de l'édit est digne de remarque :

« Comme les femmes veuves ayant enfants sont sou-
« vent invitées et sollicitées à nouvelles noces, et ne con-
« naissant pas être recherchées plus pour leurs biens
« que pour leurs personnes, elles abandonnent leurs
« biens à leurs nouveaux maris, sous prétexte et faveur
« du mariage ; leur font des donations immenses, met-
« tant en oubli le devoir de nature envers leurs enfants,
« de l'amour desquels tant s'en faut qu'elles se dussent
« éloigner par la mort du père, que les voyant destitués
« du secours et aide de leur père, elles devraient par
« tous moyens s'exercer à leur faire double office de
« père et de mère ; desquelles donations, outre les que-

« relles et divisions entre les mari et enfants, s'ensuit la « diminution des bonnes familles, et conséquemment « diminution de la force de l'Etat public ; à quoi les em- « pereurs ont voulu pourvoir par plusieurs bonnes lois « et constitutions sur ce par eux faites ; et nous, enten- « dant l'infirmité du sexe, avons loué et approuvé icel- « les lois, et en ce faisant, avons dit, statué, etc.... »

L'édit se divisait en deux chefs : le premier reproduisait à peu près la constitution *Hac edictali* ; le second, les constitutions *Feminæ quæ* et *Generaliter*.

A. Premier chef. — Ce premier chef est ainsi conçu : « Ordonnons que les femmes veuves, ayant enfant « ou enfans, ou enfans de leurs enfans, si elles passent « à nouvelles noces, ne pourront, en quelque façon que « ce soit, donner de leurs biens, meubles, acquêts, ou « acquis par elles, d'ailleurs que de leurs premiers ma- « ris, ni moins leurs propres, à leurs nouveaux maris, « père, mère ou enfans desdits maris, ou autres person- « nes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude in- « terposées, plus qu'à l'un de leurs enfans, ou enfans de « leurs enfans ; et s'il se trouve division inégale de leurs « biens, faite entre leurs enfans, ou enfans de leurs en- « fans, les donations par elles faites à leurs nouveaux « maris seront réduites et mesurées à la raison de celui « des enfans qui aura le moins. »

Bien qu'il ne s'appliquât textuellement qu'aux femmes veuves, la jurisprudence des Parlements s'inspirant de l'esprit de la loi, ne tarda pas à étendre sa disposition aux hommes veufs, extension toute naturelle, étant donné

le précédent historique rappelé avec approbation dans le préambule de l'édit.

D'ailleurs les hommes veufs « ne devaient pas, dit Ri-« card, se plaindre de cette extension, attendu qu'elle « ne les regarde qu'autant qu'ils témoignent la même « faiblesse que les femmes. »

Pour assurer le respect de la loi, certaines personnes avaient été présumées interposées et, par suite, frappées de l'incapacité relative de recevoir de l'époux remarié ; savoir, le père, la mère et les enfants du nouvel époux.

A l'égard des enfants, il s'agit de ceux que le nouvel époux aurait eu d'un précédent mariage.

« Les enfants communs, dit Pothier, étant les enfants « de la donatrice, ont, par eux-mêmes, une qualité qui « leur peut faire mériter l'affection de leur mère. » (1). Cependant, la question était controversée.

L'édit atteignait toutes les donations directes, même les donations mutuelles et égales, car, malgré la mutualité de la donation, les enfants du premier lit couraient le risque d'être dépouillés, si leur mère donatrice prédécédait.

Il frappait aussi les avantages résultant des conventions matrimoniales, sauf le douaire conventionnel, s'il ne dépassait pas le douaire coutumier.

La sanction était la réduction de la libéralité à une part d'enfant le moins prenant ; la part d'enfant la plus faible devant, au moins, égaler la légitime.

L'époux comptait pour un enfant de plus.

Si quelques-uns des enfants étaient prédécédés, lais-

(1) Pothier, *Traité du Contrat de mariage*, n° 540.

sant eux-mêmes des enfants, le calcul se faisait par souches.

Etaient comptés seulement les enfants habiles à venir à la succession, qu'ils acceptâssent ou non.

Les enfants du second lit pouvaient demander eux-mêmes la réduction, pourvu qu'il existât des enfants du premier lit.

C'est là une différence avec la législation des pays de Droit Ecrit, où, conformément à la Nov. 22. C. 27, les enfants du premier lit seuls avaient l'action en réduction.

L'époux donataire avait-il droit à une part d'enfant sur les biens retranchés? Cette question a été diversement résolue. Ricard, se basant sur les lois romaines, répond négativement.

Pour l'affirmative, Renusson (1) donnait cette raison excellente selon nous, que si l'édit ne voulait pas que le nouvel époux eût davantage que l'enfant le moins prenant, il ne prétendait pas pour cela qu'il dût avoir moins.

En cas de plusieurs mariages successifs, l'époux remarié pouvait-il donner une part d'enfant à chacun de ses nouveaux conjoints, ou ne pouvait-il disposer que d'une part d'enfant pour eux tous?

Cette question se pose encore, ainsi que nous aurons occasion de le voir, dans notre droit actuel.

Sous l'empire de l'édit, le texte même suffit à la résoudre et indique que toutes les donations réunies ne peuvent dépasser la part d'enfant : « *Ne pourront...*

(1) Communauté, partie IV, Ch. 3, n° 67.

» *donner... à leurs nouveaux maris, père, mère ou* » *enfans desdits maris...* »

B. Second Chef. — Ce chef qui reproduit les lois *Feminæ quæ et Generaliter* s'exprime ainsi :

« Au regard des biens à icelles veuves acquis par dons « et libéralités de leurs défunts maris, icelles n'en peu- « vent et n'en pourront faire part à leur nouveau « mari ; ains elles seront tenues les réserver aux enfants « communs d'entre elles et leurs maris, de la libéralité « desquels iceux biens leur sont advenus ; le semblable « voulons être gardé ès biens qui sont venus aux « maris, par dons et libéralités de leurs défuntes fem- « mes, tellement qu'ils n'en pourront faire don à leur « seconde femme ; mais seront tenus les réserver aux « enfants qu'ils auront eus de leur première. »

Il y avait dans ce second chef de l'Edit, une véritable substitution fidéicommissaire en faveur des enfants ou descendants du premier mariage sur les biens provenant de l'époux décédé.

L'Edit différait en cela des Constitutions romaines où, du jour du second mariage, la nue propriété desdits biens appartenait aux enfants du premier lit, l'époux remarié en conservant seulement l'usufruit.

Cette disposition de l'Edit fut encore aggravée dans les coutumes de Paris (art. 279), d'Orléans (art. 253), qui défendirent à la veuve avec enfants qui se remariait :

1° De donner à son mari les conquêts provenant de la première union ;

2° De disposer desdits conquêts en faveur d'étran-

gers quand la disposition atteindrait la part des enfants du premier lit.

Cette expression « conquêts » comprenait les meubles comme les immeubles ; c'est ce qui fut jugé sur les conclusions de d'Aguesseau, alors avocat général, par un arrêt du Parlement de Paris du 4 mars 1697 qui fonda la jurisprudence sur ce point et cela concordait bien avec l'esprit des Coutumes tout de faveur pour les enfants du premier lit.

En ce qui concerne la défense de disposer en faveur des étrangers, on avait d'abord pensé que les conquêts ne pouvaient être aliénés à aucun titre, si l'aliénation entamait la part des enfants du premier lit.

Plus tard on reconnut que cette disposition ne visait que les aliénations à titre gratuit (1).

Nous n'insisterons pas sur ce 2e chef de l'Edit dont la disposition a disparu, à bon droit, de nos lois actuelles.

Il avait le grave inconvénient d'immobiliser de nombreux biens dont l'aliénation n'était plus permise.

Il engendrait, en outre, une inégalité choquante entre des enfants qui, pour être de lits différents, n'en sont pas moins frères.

Il était, enfin, en désaccord avec le principe posé dans l'art. 732, C. C. qui dispose que : « *La loi ne considère » ni la nature ni l'origine des biens pour en régler » la succession.* »

(1) Pothier, op. cit. n° 642.

DROIT INTERMÉDIAIRE

Il ne nous reste plus pour en finir avec les législations anciennes sur cette matière, qu'à exposer brièvement les règles du droit intermédiaire.

Les principes nouveaux proclamés par la révolution de 1789, étaient en désaccord trop manifeste avec la législation de l'ancien régime sur la dévolution et la disposition des biens pour que cette législation ne fût pas emportée dans la tourmente révolutionnaire.

Dans son œuvre de réaction contre les anciens principes, la législation intermédiaire se montra favorable à l'excès aux donations entre époux.

Cette matière fut réglée par la loi du 17 nivôse an II, dont les articles 13 et 14 étaient ainsi conçus :

« Art. 13. — Les avantages singuliers ou réciproques stipulés entre les époux encore existants, soit par leur contrat de mariage, soit par des actes postérieurs ou qui se trouveraient établis dans certains

« lieux par les coutumes, statuts ou usages, auront leur « plein et entier effet, nonobstant les dispositions de « l'art. 1er auquel il est fait exception sur ce point (1).

« Néanmoins, s'il y a des enfants de leur union ou d'un » précédent mariage, ces avantages, au cas qu'ils con- « sistent en simple jouissance, ne pourront s'élever « au-delà de moitié du revenu des biens délaissés par « l'époux décédé ; et, s'ils consistent en des dispositions « de propriété, soit mobilière, soit immobilière, ils se- « ront restreints à l'usufruit des choses qui en seront « l'objet, sans qu'ils puissent excéder la moitié du re- « venu de la totalité des biens.

« Art. 14. — Les avantages légalement stipulés en- » tre époux, dont l'un est décédé avant le 14 juillet « 1789, seront maintenus au profit du survivant. A « l'égard de tous autres avantages échus et recueillis « postérieurement, ou qui pourront avoir lieu à « l'avenir, soit qu'ils résultent des dispositions matri- « moniales, soit qu'ils proviennent d'institutions, dons « entre-vifs ou legs faits par un mari à sa femme ou « par une femme à son mari, ils obtiendront égale- « ment leur effet, sauf néanmoins leur conversion ou « réduction en usufruit de moitié, dans le cas où il y « aurait des enfants, conformément à l'art. 13 ci-des- « sus. »

Désormais, les époux, s'ils n'avaient pas d'enfants,

(1) Cet art. 1er annulait purement et simplement les donations entre-vifs faites depuis et y compris le 14 juillet 1789 et les dispositions à cause de mort faites antérieurement, dont l'auteur était encore vivant, ou n'était décédé que le 14 juillet 1789 ou depuis.

pouvaient se donner la pleine propriété de tous leurs biens sans distinction de nature ou d'origine et les donations qu'ils pouvaient se faire avaient tous les caractères et les effets des donations entre-vifs ordinaires.

L'esprit de la loi de nivôse ne peut être mieux mis en lumière que par ce passage du commentaire de M. Verneuil, relatif aux successions :

« La plupart de nos statuts locaux faisaient cette « injure à l'humanité de supposer que le plus adroit « ou le plus fort des époux était toujours prêt à dépouil- « ler l'autre ; il ne leur était pas permis, dans la plupart « de nos coutumes, de se gratifier du moindre don par « testament, et, par une bizarre contradiction, la loi « qui commandait de s'aimer à des personnes liées par « des nœuds indissolubles, leur interdisait le témoi- « gnage le plus sûr et le plus précieux de l'attache- « ment, les bienfaits.... La loi du 17 nivôse est ve- « nue affranchir de toutes ces entraves ce sentiment de « bienveillance et d'estime réciproques qui fait le char- « me d'un pareil état ; elle a ouvert une carrière de « bienfaisance sans bornes, même pendant le cours du » mariage, aux époux qui n'ont point d'enfants. »

La présence d'ascendants et de collatéraux n'était pas prise en considération.

En ne réglant que la question de réserve et de disponibilité des biens, la loi de nivôse a laissé certainement sous l'empire des anciens principes tout ce qui a trait à la forme extérieure des donations et aux conditions de capacité requises pour leur validité.

Il en est de même relativement aux effets de ces dispositions.

Aussi, la Cour de Cassation a-t-elle toujours jugé par interprétation des art. 14 et 61 de la loi de nivôse an II, que les donations entre époux étaient irrévocables, et, par conséquent à l'abri de la caducité, en cas de prédécès du donataire. (Cass. 1er juin 1814. D. A. 5. 369. Demolombe. D. et T. Tom. 6, nº 437).

La loi de Nivôse était muette relativement aux seconds ou subséquents mariages, d'où la question s'éleva de savoir si l'Edit des secondes noces était abrogé.

Pour le premier chef, pas de difficulté ; il est abrogé très nettement, quoiqu'implicitement, par l'art. 13 ci-dessus transcrit.

Quant au second chef, la question pouvait faire doute.

La Cour de Cassation considérant qu'il renfermait une pénalité que la loi de Nivôse n'avait certainement pas voulu abolir, décida, par arrêt du 2 mai 1808 (Sir... 1808. 1. 301) que ce chef était toujours en vigueur.

Le point de départ du raisonnement de la Cour suprême était inexact.

C'est non pas pour punir la mère ou le père qui contracte une nouvelle union, mais bien et uniquement pour protéger les enfants du premier lit que le second chef de l'Edit avait été promulgué (arrêt du Parlement de Paris du 4 mars 1697 plus haut cité).

L'idée de peine étant écartée, si nous nous reportons à l'art. 61 de la loi de Nivôse, nous y voyons que : « tou-» tes les lois, coutumes, usages et statuts relatifs à la

» transmission des biens par succession ou donation » sont expressément abolis. »

Dès lors l'Edit des secondes noces nous paraît abrogé pour le second chef comme pour le premier.

Tels sont les précédents de notre loi civile.

Le législateur moderne permet les donations entre époux (1091, 1092, 1093, 1095, 1096 C. C.)

Il nous reste à étudier son œuvre au point de vue spécial des limites qu'il a assignées à ces libéralités. C'est la théorie connue sous le nom de : *Quotité disponible entre époux.*

DROIT FRANÇAIS

DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX

AVANT-PROPOS

Le Code Civil, avons-nous dit en terminant l'exposé du droit intermédiaire, permet les donations entre époux.

Nous croyons devoir présenter en quelques lignes le système consacré sur ce point par le législateur moderne avant d'aborder le sujet spécial de notre étude.

Le Code n'a reproduit exactement en cette matière aucune des théories que nous avons rencontrées jusqu'à présent. L'ancien droit coutumier qui prohibait absolument les donations entre mari et femme contrariait trop évidemment les sentiments les plus naturels ; pourquoi mettre dans la loi une règle si antipathique qu'on peut être sûr qu'elle sera tournée chaque jour par les moyens les plus ingénieux ? Il est vrai que le droit des coutumes, par l'institution du douaire, assurait à la veuve une situation et des ressources en harmonie avec celles dont

elle avait joui du vivant de son mari. De même, dans les pays de droit écrit, grâce à l'augment de dot, au contre-augment, à la quarte du conjoint pauvre, la législation tenait compte de ce devoir de secours mutuel que les époux ont contracté l'un vis-à-vis de l'autre par le fait du mariage, mais qui ne s'éteint pas avec le mariage. Ce droit, si le prémourant oubliait de le remplir, la loi l'accomplissait pour lui.

Aucune de ces nombreuses dispositions de l'ancien droit en faveur du conjoint survivant n'avait trouvé place dans notre Code par suite d'une véritable inadvertance législative, si nous en croyons le compte-rendu de la séance du Conseil d'Etat du 9 nivôse an XI (1).

De nombreux projets de réforme ont été proposés sur ce point, mais ce n'est que le 9 mars 1891, après bien des vicissitudes et des modifications, qu'un projet parvenu presque à l'âge de majorité, puisqu'il avait été déposé par M. Delsol sur le bureau de l'Assemblée Nationale le 21 mai 1872 (2), est enfin entré dans le domaine législatif. Cette loi du 9 mars 1891 a heureusement complété le texte de l'article 767 C. C. en accordant au conjoint survivant un droit d'usufruit sur les biens du prédécédé, quelle que soit la qualité des successibles laissés par le défunt, alors même que ce sont des enfants. Le nouvel art. 767 dispose en ces termes :

« Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré suc-
« cessible, ni enfants naturels, les biens de sa succes-

(1) Fenet, t. XXII, p. 38.
(2) Séance du 21 mai 72. J. O. du 7 juin.

« sion appartiennent en pleine propriété au conjoint « non divorcé qui lui survit et contre lequel n'existe pas « de jugement de séparation de corps passé en force de « chose jugée. Le conjoint survivant non divorcé qui ne « succède pas à la pleine propriété et contre lequel « n'existe pas de jugement de séparation de corps passé « en force de chose jugée a, sur la succession du prédé- « cédé, un droit d'usufruit qui est : d'un quart si le dé- « funt laisse un ou plusieurs enfants issus du mariage ; « d'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans « qu'elle puisse excéder le quart si le défunt a des en- « fants nés d'un précédent mariage ; de moitié dans tous « les autres cas, quels que soient le nombre et la qua- « lité des héritiers.

« Le calcul sera opéré sur une masse faite de tous les « biens existants au décès du *de cujus*, auxquels seront « réunis fictivement ceux dont il aurait disposé, soit par « acte entre-vifs, soit par acte testamentaire au profit de « successibles, sans dispense de rapport.

« Mais l'époux survivant ne pourra exercer son droit « que sur les biens dont le prédécédé n'aura disposé ni « par acte entre-vifs ni par acte testamentaire, et sans « préjudicier aux droits de réserve ni aux droits de re- « tour.

« Il cessera de l'exercer, dans le cas où il aurait reçu « du défunt des libéralités, même faites par préciput et « hors part, dont le montant atteindrait celui des droits « que la présente loi lui attribue, et si ce montant était « inférieur, il ne pourrait réclamer que le complément « de son usufruit.

« Jusqu'au partage définitif, les héritiers peuvent exi-
« ger, moyennant sûretés suffisantes, que l'usufruit de
« l'époux survivant soit converti en une rente viagère
« équivalente. S'ils sont en désaccord, la conversion
« sera facultative pour les tribunaux.

« En cas de nouveau mariage, l'usufruit du conjoint
« cesse s'il existe des descendants du défunt. »

Cette même loi a modifié l'art. 205 C. C. et a accordé subsidiairement au conjoint survivant une pension alimentaire sur les biens du défunt.

Nous devons, pour ne pas encourir le reproche de sortir du cadre de ce travail, nous défendre du désir d'étudier les dispositions libérales de la loi nouvelle qui a eu surtout pour but (les travaux parlementaires en font foi) d'honorer et de glorifier le mariage, cette institution sainte entre toutes.

Pour notre part, nous tenons si grand compte au législateur de l'intention qui a présidé à l'élaboration de la loi nouvelle que nous excusons volontiers toutes les imperfections de son œuvre. Signalons seulement, au point de vue de la quotité disponible, une disposition au moins singulière de la loi du 9 mars 1891 :

« Il cessera de l'exercer (son droit d'usufruit) dans
« le cas où il aurait reçu du défunt des libéralités, même
« faites par prèciput et hors part, dont le montant at-
« teindrait celui des droits que la présente loi lui at-
« tribue. »

Nous verrons bientôt que l'époux qui laisse des enfants peut disposer en faveur de son conjoint (art 1094 al. 2) d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit

ou d'une moitié en usufruit. Pourquoi donc, en ce cas, la loi nouvelle ne permet-elle pas à un époux de disposer, par exemple, d'un quart en usufruit en faveur de son conjoint, par préciput et hors part ? En vérité nous n'en voyons aucune bonne raison et les travaux préparatoires n'apportent guère d'éclaircissements sur ce point.

« Cette décision, comme l'a excellemment dit M. « Humbert, est la violation des principes du C. C. (art. « 843, 844). » (1).

Malgré cette critique et toutes autres formulées à l'encontre du nouvel article 767, l'œuvre du législateur de 1891 est éminemment louable. Nous ne saurions mieux résumer notre appréciation sur sa valeur qu'en empruntant à M, Bouvier-Bangillon les paroles par lesquelles il termine son étude de la loi nouvelle sur les droits successoraux du conjoint survivant : « Nous devons recon- « naître, dans l'ensemble, que le législateur de 1891 a « fait une œuvre utile et salutaire en honorant le ma- « riage, base de la famille et de la société. » (2).

Les rédacteurs du Code civil, en repoussant les principes du droit coutumier sur les donations entre époux n'ont pas adopté non plus le principe de liberté presque absolue inauguré par le droit intermédiaire.

Ici, comme dans bien d'autres circonstances, le législateur a pris un moyen terme entre les deux extrêmes. Il autorise les donations entre époux, mais il les déclare toujours révocables (art. 1096). Quant aux do-

(1) M. Bouvier-Bangillon. Des dr. succ. du conj. surv. Revue génér. du Dr., 1892, p. 143.
(2) *Ibid.*, p. 350.

nations par contrat de mariage entre futurs époux, elles participent de l'irrévocabilité attachée à l'ensemble des conventions matrimoniales. Pour les donations entre époux proprement dites, notre Code paraît s'inspirer du Droit Romain tel qu'il fut après l'*Oratio Antonini*, mais il s'en différencie notablement, ainsi que nous l'avons déjà remarqué en étudiant le S. C. Emilien.

« Tandis que, en effet, le Droit Romain attendait, « pour décider si la donation *inter virum et uxorem* « serait valable que le donateur fût mort, après avoir « persévéré pendant toute sa vie dans la volonté de « donner, notre Code, au contraire, déclare de suite « valable la donation entre époux en réservant seule- « ment au donateur la faculté de la révoquer.

« C'est-à-dire que d'après l'idée ancienne, la dona- « tion, imparfaite à son origine, avait besoin d'être con- « firmée par la persévérance du donateur dans la vo- « lonté de donner, tandis que, d'après l'idée moderne, « la donation n'a besoin d'aucune confirmation ; elle « est dès actuellement parfaite et elle demeurera telle si « le donateur ne la révoque pas. » (1).

---

(1) Demol. Don. et Test., t. VI, n° 442.

INTRODUCTION

Le droit de propriété est défini par l'art. 544 du C. C.: « Le droit de jouir et de disposer des choses de la ma- « nière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un « usage prohibé par les lois ou les règlements. »

Le droit de disposer étant reconnu par la loi comme l'un des attributs essentiels du droit de propriété, nous devons pouvoir faire de notre patrimoine ce que bon nous semble, le distribuer même à titre gratuit, soit de notre vivant, soit par acte de dernière volonté.

Ceux qui viennent après nous ne peuvent donc, en principe, critiquer l'usage que nous avons fait de notre droit de disposition. Telle est la règle consacrée par le texte bien connu de l'œuvre des Décemvirs : *Uti legassit paterfamilias super pecunia tutela ve rei suæ, ita jus esto.* Cependant, ce droit absolu de disposition, si nous l'exerçons à titre gratuit au préjudice de nos parents les plus proches, ne tourne-t-il pas à l'injustice et à l'impiété?

Aussi, voyons-nous le droit romain faire bientôt fléchir, en considération de certaines personnes privilégiées, le principe absolu de la loi des XII Tables.

Pareille restriction existe dans l'ancien droit et le droit intermédiaire vint l'aggraver considérablement.

Elle a trouvé place dans notre Code civil (art. 913 à 916).

Est-elle justifiée? Oui : la loi qui consacre le droit de propriété et qui sanctionne par des pénalités rigoureuses les atteintes qui peuvent y être portées, devait, dans certains cas, tempérer le droit de disposition absolu du propriétaire ; elle devait, notamment empêcher que par des dispositions à titre gratuit, il se dépouillât de tout son patrimoine en faveur d'étrangers, au grand détriment de ceux qui, par le sang et les devoirs de famille, lui touchent de plus près.

Mais le législateur devait prendre garde d'attenter trop profondément à la liberté du disposant et il devait restreindre dans d'étroites limites : d'une part, la catégorie des personnes au regard desquelles le droit de disposition n'était plus entier, et, d'autre part, la partie du patrimoine qui échappait à l'empire absolu du propriétaire.

Disons tout de suite que notre loi civile nous paraît avoir heureusement résolu le conflit.

Elle fait la distinction suivante : Ou le propriétaire ne laisse, à son décès, ni descendants ni ascendants, ou, au contraire, il laisse des descendants ou ascendants.

Dans le premier cas, la faculté qu'il a de disposer de ses biens à titre gratuit par donation entre-vifs ou par testament ne rencontre aucun obstacle ; il peut épuiser l'intégralité de son patrimoine par des libéralités.

Dans le second cas, il en est autrement : la loi divise son patrimoine en deux portions, l'une dont il a pleine liberté de disposer à titre gratuit entre-vifs ou par acte de dernière volonté et qui est appelée la portion de biens ou quotité disponible, l'autre à laquelle il ne pent porter atteinte d'aucune manière, ni par donation, ni par testament, qui est réservée aux héritiers de la ligne directe, descendants ou ascendants et que pour cela on nomme : « réserve ».

L'exposé des motifs justifie ce droit de réserve, d'abord en ce qui concerne les enfants :

« La loi, disait M. Bigot Préameneu (1), doit prévoir « qu'il est des abus inséparables de la faiblesse et des « passions humaines et qu'il est des devoirs dont elle ne « peut, en aucun cas, autoriser la violation. Les père et « mère qui ont donné l'existence naturelle ne doivent « point avoir la liberté de faire arbitrairement perdre, « sous un rapport aussi essentiel, l'existence civile ; et « s'ils doivent rester libres dans l'exercice de leur droit « de propriété, ils doivent aussi remplir les devoirs que « la paternité leur a imposés envers leurs enfants et « envers la société. C'est pour faire connaître aux pères « de famille les bornes au-delà desquelles ils seraient « présumés abuser de leur droit de propriété en man- « quant à leurs devoirs de pères et de citoyens que, dans « tous les temps et chez presque tous les peuples poli- « cés, la loi a réservé aux enfants, sous le titre de légi- « time, une certaine quotité de biens de leurs ascen- « dants.

(1) Locré, t. II, p. 366, n° 14.

« L'intérêt général de l'Etat l'exigeait d'ailleurs ainsi « par un autre motif non moins élevé : il importe, en « effet, à l'Etat que les familles dont il est formé se con- « servent, il lui importe surtout, en ce qui concerne les « enfants, que la transmission d'une portion du patri- « moine des ascendants leur soit assurée afin qu'ils ne « tombent pas soudainement de l'aisance ou de la ri- « chesse peut-être dans la gêne et la pauvreté et qu'ils « ne deviennent pas un embarras et un péril pour la so- « ciété, d'où s'ensuivrait, disait l'édit de François II du « mois de juillet 1560 « la diminution des bonnes fa- « milles et conséquemment la diminution de la force de « l'Etat public. »

A ce point de vue, la portion indisponible est non seulement la dette d'aliments qui s'acquitterait au décès, c'est autre chose et plus encore : C'est un mode de conservation des biens dans les familles et les auteurs du Code lui ont eux-mêmes positivement imprimé ce caractère.

« Il faut, disait encore M. Bigot-Préameneu (1), que « la volonté ou le droit de quelques individus cède à la « nécessité de maintenir l'ordre social qui ne peut sub- « sister s'il y a incertitude dans la transmission d'une « partie du patrimoine des père et mère à leurs enfants. » Ce sont ces transmissions successives qui fixent prin- « cipalement le rang et l'état des citoyens. »

Ces considérations nous paraissent largement suffisantes pour justifier le fondement de la réserve, tant

(1) Conseil d'Etat, 30 nivôse an XI. — Locré, t. 11. p. 68, n° 2.

au point de vue philosophique qu'au point de vue social. Quel devait être le *quantum* de cette réserve ?

Les jurisconsultes des pays coutumiers auraient voulu restreindre le disponible dans de très étroites limites lorsque le disposant laisse des enfants, tout en reconnaissant néanmoins que la loi devait laisser au père le droit de disposer d'une partie de ses biens ; ceux des pays de droit écrit insistaient sur la puissance paternelle et la nécessité de la fortifier en laissant au père la plus grande latitude (1). Le Conseil d'Etat concilia ces deux opinions en adoptant les dispositions qui forment les art. 913 à 919.

En ce qui concerne la réserve des ascendants, il n'en est pas question dans les discussions du Conseil d'Etat.

Le sentiment de piété filiale qui fait un devoir aux enfants de ne pas disposer de tous leurs biens au profit d'étrangers, alors qu'ils laissent des ascendants, est si naturel qu'on ne pouvait le méconnaître.

C'est ce sentiment qu'exprimait Jaubert quand il disait dans son rapport au Tribunat : « Il serait bien malheu-
« reux celui qui aurait besoin d'être contraint par la loi à
« laisser aux auteurs de ses jours un témoignage de sa piété
« filiale. Mais si un enfant s'était laissé aller à cet excès
« d'ingratitude de méconnaître son obligation naturelle
« et civile, ou, si ne prévoyant pas l'interversion du
« cours ordinaire de la nature, il disposait de tous
« ses biens, la loi veille pour les ascendants ; elle éta-
« blit pour eux une réserve (2). »

(1) Voir Locré, t. 11, p. 143 et 152, n° 9.
(2) » » t. 11, p. 445, n° 24.

Le chiffre de la quotité disponible ordinaire est fixé par les art. 913 à 916. C. C. Les libéralités entre-vifs ou testamentaires ne peuvent excéder la moitié des biens si le disposant laisse à son décès un enfant légitime, le tiers s'il en laisse deux, le quart s'il en laisse trois ou un plus grand nombre. En présence d'ascendants, le disponible est de moitié ou des trois quarts suivant qu'il existe des ascendants dans les deux lignes, paternelle et maternelle ou dans une de ces lignes seulement.

Il s'étend au patrimoine tout entier, à défaut de descendants et d'ascendants ; notre Code, qui se sépare en cela des législations antérieures, refusant, avec raison croyons-nous, tout droit de réserve aux collatéraux.

L'institution de la réserve est, en effet, une atteinte très grave au droit absolu de disposition du propriétaire et elle ne peut se justifier que lorsqu'elle repose sur des considérations de la plus haute gravité, comme celles qui militent en faveur des descendants et ascendants.

La réserve est de nature exceptionnelle ; par suite les dispositions qui s'y rapportent doivent être interprêtées restrictivement. Cette remarque ne sera pas sans intérêt quand il s'agira de résoudre les nombreuses difficultés que nous rencontrerons chemin faisant. Enfin la réserve est un droit de succession *ab intestat*. MM. Aubry et Rau (1) la définissent avec beaucoup d'exactitude : « La réserve est le droit héréditaire des parents « en ligne directe en tant qu'il est garanti jusqu'à concur-

(1) t. VII, § 679.

« rence d'une certaine quotité de biens contre les dispo-
« sitions entre-vifs ou testamentaires de la personne à la
« succession de laquelle ils sont appelés par la loi. »

En conséquence, les parents privilégiés n'auront droit à la réserve que s'ils acceptent l'hérédité. Dès lors, toutes les questions de réserve et de quotité disponible (les deux idées sont corrélatives), doivent être résolues en se plaçant, non pas au jour des actes de libéralité, mais au jour du décès.

On considèrera, d'une part, la qualité et le nombre des héritiers que laisse le défunt ; d'autre part, ce qu'est actuellement son patrimoine, comparé à ce qu'il serait sans les dispositions à titre gratuit.

Ces idées générales s'appliquent à la quotité disponible entre époux, mais lorsque la libéralité s'adresse au conjoint du disposant, (les réservataires n'étant toujours que les seuls descendants et ascendants), les règles sur la quotité disponible se modifient et la qualité de la personne fait prévaloir des considérations d'un autre ordre.

L'époux est digne de faveur, non-seulement en raison des sentiments d'affection, de dévouement et de reconnaissance dont le mariage est la source, mais encore en raison de l'obligation de secours qui existait entre époux durant le mariage et qui survit à sa dissolution. A ce point de vue, le législateur devait être porté à étendre, en faveur du conjoint, le disponible ordinaire.

En sens inverse, n'était-il pas à craindre qu'une tendresse aveugle ne portât le disposant à faire à son conjoint des libéralités déréglées et dès lors, la défiance du législateur ne devait-elle pas être en éveil ?

D'autre part, le conjoint donataire peut se remarier et il sera d'autant plus porté à contracter une nouvelle union que la première aura été moins féconde.

Enfin, quel que soit le nombre des enfants, les besoins de l'époux survivant ne seront ni plus grands ni moindres.

Comment concilier ces divers ordres d'idées ?

C'est là, croyons-nous, un des problèmes les plus graves que le législateur ait eu à résoudre. Constatons, sans plus tarder, que les besoins du conjoint survivant étant toujours les mêmes, on ne devait pas laisser subsister ici la règle de la progression qui élève ou abaisse la quotité disponible de droit commun, suivant le nombre d'enfants laissés par le défunt. C'est ce que le législateur a très bien compris, et la quotité disponible entre époux, bien que fixée dans un esprit de faveur, est déterminée lorsqu'il n'existe pas d'enfants d'un précédent mariage, d'une manière uniforme pour tous les cas (art. 1094).

Il résulte, en effet, du texte de l'art. 1094, et nous nous réservons d'en fournir la preuve en étudiant la controverse que cette question a fait naître, que la quotité disponible entre époux est la même de quelque manière et à quelque époque que les dispositions aient été faites, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.

Il ne pouvait, du reste, y avoir sous ce rapport aucun motif de distinguer entre ces dispositions. Toutefois dans un cas spécial, il peut y avoir une différence suivant que les libéralités sont faites par contrat de mariage ou pendant le mariage.

Dans le premier cas, il n'y a pas à distinguer si le futur époux de qui émane la libéralité est majeur ou mineur ; il peut même mineur, disposer par contrat de mariage au profit de son conjoint avec la même latitude que s'il était majeur, pourvu qu'il le fasse avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage (ar. 1095 et 1398).

Mais, pendant le mariage, l'époux mineur reste ou redevient incapable ; il ne peut pas faire de donation à son conjoint, il ne peut disposer en sa faveur que par testament et seulement dans les limites établies par l'art. 904, auquel l'art. 1094 ne déroge point (1).

Le Code civil contient seulement deux articles sur la quotité disponible entre époux (art. 1094 à 1098).

Cette sobriété de dispositions n'a pas peu contribué à l'éclosion des nombreuses dissidences qui se sont manifestées sur la portée de ces textes. Nous les verrons surtout éclater lorsque nous rapprocherons pour les combiner les dispositions des art. 913 à 916 qui fixent les limites de la quotite disponible ordinaire et celles de l'art. 1094 et que nous rechercherons quel est le disponible quand l'époux veut tout ensemble gratifier son conjoint et un étranger.

Observons dès à présent, pour n'y plus revenir, que le mot : « étranger » en notre matière comprend même les enfants (art. 1094 al. 1).

(1) Toulouse, 27 novembre 1841. D. P. 42. 2. 48 — Cass. 9 février 1880. D. 80. 1. 202 — Aubry et Rau t. 7 § 689 p. 254 note 2 — Demol. Don. et test. t. VI, n° 492 — Laurent t. XV, n° 345.

Les questions que soulève le concours des disponibles seront souvent très délicates à résoudre et les difficultés de la matière sont telles qu'un auteur considérable est allé jusqu'à dire : « Mais quel sera le disponible si « l'époux veut tout ensemble gratifier son conjoint et « son enfant, ou un parent ou un étranger? La loi n'a « pas prévu cette hypothèse ; de là des difficultés insolu- « bles ; nous les déclarons insolubles parce que le légis- « lateur ne les a pas prévues et lui seul avait qualité « pour les résoudre. Les principes de droit ne suffisent « point, car les interprètes ont dû créer les principes ; « de là un désaccord inévitable. Nous allons exposer « l'état de la jurisprudence et les incertitudes des auteurs; « les objections que nous ferons sont des doutes plutôt « qu'une doctrine. Nous déclarons d'avance que toute « doctrine est impossible, la quotité disponible est une « matière arbitraire que le législateur règle comme il « l'entend et que, par conséquent, lui seul a le pouvoir « de régler (1). »

Nous ne partageons pas, bien certainement, le pessimisme de l'éminent auteur belge et nous croyons, au contraire, que la loi fournit des principes suffisants pour guider l'interprête, bien qu'elle n'ait pas résolu directement la question. Si nous rapportons les paroles de M. Laurent, c'est, nous ne voulons pas le dissimuler, pour justifier les appréhensions qui nous assaillent au seuil de cette étude et pour faire excuser, autant que possible, les imperfection inévitables de notre œuvre.

(1) Laurent, t. XV. n° 342.

Nous diviserons ce travail en deux parties :

Dans la première, nous étudierons la quotité disponible entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage et les règles qui s'y rattachent.

Nous consacrerons notre deuxième partie à l'examen du concours et de la combinaison des disponibles.

PREMIERE PARTIE

—

DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX

SOIT PAR CONTRAT DE MARIAGE, SOIT PENDANT LE MARIAGE

Cette partie comprendra 4 chapitres.

Dans le premier, nous étudierons la quotité disponible entre époux n'ayant pas d'enfants d'un précédent mariage ; dans le deuxième, la quotité disponible entre époux quand le donateur ou le testateur a des enfants d'un précédent mariage ; dans le troisième, la réduction des dispositions excessives lorsque l'époux donateur n'a disposé qu'au profit de son conjoint et dans le quatrième enfin les précautions prises par la loi pour faire respecter les règles du disponible entre époux.

CHAPITRE I^er^

Quotité disponible entre époux n'ayant pas d'enfants d'un précédent mariage.

Nous avons déjà indiqué que, lorsque l'époux disposant ne laisse ni ascendants ni descendants, il peut dis-

poser au profit de son conjoint de l'universalité de ses biens.

Les collatéraux n'ont pas de réserve ; (1) à eux de mériter par un affectueux dévouement et par des soins pieux les libéralités du disposant.

Tout en approuvant le législateur sur ce point, nous devons constater que l'affection conjugale, plus facilement que toute autre, peut entraîner le disposant à dépouiller ses collatéraux.

Tel homme qui a des frères, des neveux ne consentirait jamais à les priver de ses biens pour les donner à des étrangers, tandis qu'il n'hésitera pas à les déshériter pour disposer en faveur de son conjoint.

Un legs d'usufruit ne lui paraîtra pas suffisant à cause des tracasseries et des vexations auxquelles l'usufruitier peut être en butte de la part du propriétaire, et puis un usufruit ne permet pas de se procurer un capital en cas de besoin.

Pour concilier tous les intérêts en présence, nous serions plutôt porté à conseiller au disposant d'instituer son conjoint légataire universel avec charge de rendre à sa mort aux collatéraux du prédécédé ce qui restera des bien donnés. C'est le *fideicommis de residuo ou de eo quod supererit* très usité en Belgique entre époux n'ayant pas d'enfants. (2)

(1) Dans le projet du code, certains collatéraux étaient réservataires et si le projet n'avait pas été modifié sur ce point, la question qui naît du conflit des art. 750 et 915 lorsque le de cujus laisse un légataire universel, des frères et sœurs et des ascendants autres que père et mère ne se serait pas élevée.

(2) Baudry Lacantinerie t. II. n° 678.

Mettons donc, pour étudier la quotité disponible entre époux, le conjoint donataire en présence d'héritiers à réserve. — Nous aurons à distinguer deux hypothèses :

1° L'époux donataire est en présence d'ascendants ;

2° Il est en présence de descendants (enfants ou descendants d'eux).

A chacune de ces hypothèses nous consacrerons une section. Comme appendice, nous étudierons (et cette étude est commune aux deux sections) : 1° l'étendue que doit recevoir la disposition suivant les cas ; 2° le point de savoir si l'époux donataire peut être dispensé de fournir caution et de faire inventaire quand son usufruit porte sur la réserve. Nous terminerons ce chapitre par une observation relative à la loi du 9 mars 1891.

SECTION I

L'époux donataire est en présence d'ascendants.

L'art. 1094, alinea 1, règle cette hypothèse en ces termes : « L'époux pourra, soit par contrat de mariage, « soit pendant le mariage, pour le cas où il ne laisserait « point d'enfants ni descendants, disposer en faveur de « l'autre époux, en propriété de tout ce dont il pourrait « disposer en faveur d'un étranger, et, en outre, de « l'usufruit de la totalité de la portion dont la loi pro- « hibe la disposition au préjudice des héritiers. »

Pourquoi la loi ne dit-elle pas simplement : au préjudice des ascendants, puisqu'à défaut d'enfants, les ascendants seuls ont une réserve ? La raison en est bien con-

nue. Dans le projet du Code Civil, une réserve était attribuée non seulement aux enfants et aux ascendants, mais aussi aux collatéraux, jusques et y compris les cousins germains (art. 16 du titre des donations).

L'art. 151 du même projet, aujourd'hui art. 1094, se référant à l'art. 16, employait le mot « héritiers » pour désigner les nombreux réservataires autres que les enfants. Mais l'art. 16 du projet Jacqueminot n'a pas été conservé dans son texte primitif et l'on a négligé de modifier, en conséquence, la rédaction de l'art. 151, (1) devenu art 1094. Quoi qu'il en soit, l'interprétation de l'art. 1094, al. 1 ne souffre aucune difficulté. Il consacre une extension, une notable augmentation, puisque l'époux qui ne laisse que des ascendants peut disposer en faveur de son conjoint de tout le disponible ordinaire et, en outre, de l'usufruit de la réserve des ascendants dont nous avons indiqué le quantum dans notre introduction.

Mais le législateur n'exagère-t-il pas la faveur du mariage en permettant à un époux de disposer en faveur de son conjoint de l'usufruit de la réserve de ses ascendants? Suffit-il pour justifier le texte de dire avec le tribum Jaubert : « Paraîtra-t-il trop rigoureux de priver les ascen-
» dants de l'usufruit de la réserve ? C'est en quelque
« sorte ne laisser la réserve que pour leurs héritiers, mais
« c'est la faveur du mariage. Pourquoi la mort d'un époux
« changerait-elle la position de l'autre, surtout pour des

(1) Comp. Fenet t. XII p. 467.

« droits qui ne sont ouverts que par l'interversion du « cours de la nature ? (1).

Nous ne le croyons pas. Tout ce que la faveur du mariage comporte et tout ce que le conjoint survivant peut légitimement demander, c'est que sa situation ne soit pas diminuée. Le disponible ordinaire lui assurait déjà la pleine propriété de la moitié des biens du de cujus, il était donc inutile d'empiéter si gravement sur la réserve des ascendants.

« Il est véritablement dérisoire, disait M. de Malleville « de renvoyer les ascendants, pour la jouissance de leur « légitime, à la mort de leurs gendres ou brus qui ont « ordinairement de moins qu'eux l'âge d'une généra- « tion. » (2)

Et il faut convenir qu'au point de vue des ascendants, M. de Malleville a raison. On objecte que l'époux occupe la première place dans les affections de son conjoint quand il n'y a pas d'enfant et qu'il doit primer l'ascendant. Soit, mais alors qu'on supprime la réserve de l'ascendant en présence de l'époux.

Et qu'on ne dise pas avec M. Colmet de Santerre que « si la loi avait renversé sa proposition et autorisé au « profit de l'époux la disposition de la réserve en nue « propriété, la famille du disposant eût été à jamais pri- « vée de cette portion de ses biens (3) ». Comme le fait remarquer très justement M. Demolombe (4), ce n'est pas l'intérêt des collatéraux qui guide le législateur, puisqu'il ne leur accorde aucune réserve, c'est l'intérêt de

(1) Fenet. t. XII p. 621.
(2) Analyse rais. de la disc. du C. C. t. II p. 437.
(3) T. IV, n° 273 bis, I.
(4) *Don. et Test.*, t. VI, n° 495.

l'ascendant ; dès lors, sa réserve aurait dû, semble-t-il, être assurée d'une façon sérieuse et efficace.

Ajoutons d'ailleurs que cette interversion de l'ordre de la nature change aussi beaucoup la position de l'ascendant lui-même et que, en perdant son enfant, il perd le droit qu'il aurait eu de lui demander des aliments, s'il se trouve dans le besoin ; car, son enfant n'ayant pas lui-même laissé d'enfants (c'est le cas où nous sommes), l'époux survivant n'est pas tenu d'en fournir à l'ascendant de l'époux prédécédé (art. 206).

On objecte à cela que si l'ascendant est dans le besoin, il a la ressource de pouvoir vendre la nue-propriété qui forme sa réserve (3). C'est vrai ; mais quel prix retirer d'une nue-propriété dont l'usufruitier sera souvent jeune et vigoureux ! De plus, n'est-ce pas par ce procédé que la famille verra ces biens lui échapper pour toujours ? Quoi qu'il en soit du mérite de la disposition de l'article 1094 al. 1, le texte est formel.

Nous avons déjà eu l'occasion de préciser la capacité d'un époux mineur parvenu à l'âge de 16 ans (904).

Il résulte des principes que cet époux ne peut, s'il laisse des ascendants, donner à son conjoint en propriété que la moitié de ce que l'époux majeur peut donner, soit un quart, s'il laisse des ascendants dans les deux lignes et trois huitièmes s'il n'y a des ascendants que dans une ligne. En usufruit, il ne peut donner à son conjoint que l'usufruit de la moitié des biens réservés aux ascendants, donc l'usufruit du quart ou du huitième des biens. De là cette conséquence singulière que le mineur peut

(3) Troplong. *Don. et Test.*, t. IV, n° 2556.

enlever à ses ascendants l'usufruit de la moitié de leur réserve, tandis qu'il ne peut pas priver ses frères et sœurs de la jouissance des biens dont, à raison de son âge, il n'a pas pu disposer.

On a objecté que ce résultat choque la justice et la raison ; la Cour de Toulouse a fort bien répondu que lors même que la loi paraîtrait injuste, il n'appartient pas aux tribunaux de la réformer et que le législateur seul a ce pouvoir (1).

M. Troplong, en rapportant l'arrêt de la Cour de Toulouse de 1841, y fait cependant une objection qu'il prétend tirer de l'esprit de l'art. 1094, mais qui ne nous paraît rien moins que décisive (2).

SECTION II.

L'époux donataire est en présence de descendants.

Si l'époux donateur laisse des enfants communs ou descendants d'eux, l'art. 1094, al. 2 décide que « il « pourra donner à l'autre époux, ou un quart en pro- « priété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de « tous ses biens en usufruit seulement. »

On peut s'étonner, à la première lecture, de l'alternative, absurde en apparence, que la loi offre à l'époux donateur. Elle lui permet de donner le moins après l'avoir autorisé à donner le plus. Il est bien évident que celui qui peut donner un quart en propriété et un quart en usufruit peut, *à fortiori*, donner une moitié en usufruit.

(1) Toulouse, 27 novembre 1841. S. 422. 2. 14.—[Cass. 9 février 1880. S. 80. 1. 295. — Demol. D. st., t. 6, nº 496. — Aubry et Rau, t. 7, § 689, note 3. — Laurent, t. XV, nº 345.

(2) D. et t., t. IV, nº 2621.

Aussi a-t-on soutenu que pour donner un sens raisonnable au mot « propriété » il fallait entendre « nue-propriété » et on ajoutait que telle était la signification de ce mot employé par opposition au mot « usufruit ».

La réponse est facile. Le mot « propriété » opposé au mot « usufruit » s'entend de la nue-propriété seulement lorsque les deux mots portent sur le même bien. Ce n'est pas notre cas, puisque l'usufruit porte sur un quart et la propriété sur un autre quart. En outre, il est bien certain que dans le premier alinéa de l'art. 1094, le mot « propriété » signifie « pleine propriété ». Comment croire que, dans le même article, le législateur ait employé ce mot dans deux sens différents ?

Du reste, ainsi que le dit très justement M. Demolombe, « il n'y a d'ailleurs rien de contradictoire dans cette « alternative que la loi offre à l'époux ; il ne s'agit pas de « plus, ni de moins ; il s'agit d'autre chose ! L'art. 1094 « n'établit pas une seule quotité disponible qu'il déclarerait d'abord plus forte, et ensuite plus faible..... « L'art. 1094 établit deux quotités disponibles différentes, l'une pour partie en propriété et pour partie en « usufruit, l'autre tout entière en usufruit seulement. » (1).

Telle est la règle que nous tenons à bien dégager, car elle nous aidera puissamment dans la solution des difficultés qui se sont élevées en notre matière. De cette règle, il résulte que l'époux donateur ne peut modifier en rien le disponible de l'art. 1094 ; il ne pourrait pas,

(1) Demol. D. et T., t. VI, n° 501. — Aubry et Rau, t. VII, § 689, p. 255, note 4. — Laurent, t. XV, n° 1346. — Troplong, D. et T., t. IV, n° 2567. — Bruxelles, 21 juillet 1810. — S. 1811. 2. 335.

par exemple, donner à son conjoint un quart en propriété et une fraction en nue-propriété, celle-ci fût-elle bien inférieure comme valeur à un quart en usufruit.

« Le disponible entre époux est une exception au « droit commun, dit M. Laurent (1), le législateur l'a « réglé pour des motifs spéciaux : le donateur ne peut « user d'une faculté exceptionnelle que dans les limites « de la loi. »

La quotité disponible entre époux est donc invariable, tandis que la quotité disponible ordinaire varie avec le nombre des enfants.

Si nous rapprochons ces deux quotités, nous voyons que le disponible entre époux est tantôt plus fort et tantôt plus faible que le disponible de droit commun.

Le disponible entre époux est plus fort, si le disposant laisse trois enfants ou plus, puisque, de droit commun, la quotité disponible est d'un quart seulement en propriété dans cette hypothèse.

Si le disposant laisse deux enfants, le disponible entre époux sera plus fort ou plus faible que le disponible ordinaire, suivant la valeur de l'usufruit.

Il sera plus fort, si l'on estime l'usufruit à la valeur de la moitié de la propriété, d'après la base indiquée par la loi du 22 frimaire an VII (art. 14, § 11, et 15, § 8) ; un quart en propriété et un quart en usufruit valent alors 9/24, tandis qu'un tiers en propriété (montant du disponible ordinaire) ne vaut que 8/24.

Il sera plus faible, si l'usufruit évalué en fait, d'après

(1) T. XV, n° 347.

l'âge du donataire, sa profession, ses habitudes, ses infirmités etc..., est estimé valoir 1/8 par exemple, de la propriété.

Enfin, si le disposant ne laisse qu'un enfant, le disponible entre époux sera toujours plus faible que celui de droit commun, qui est ici de moitié en propriété, tandis que l'époux, moins favorisé que l'ètranger, ne pourra recevoir, au maximum, qu'un quart en propriété et un quart en usufruit.

Voilà l'impression qui se dégage de l'examen des textes et, pour nous, c'est la vraie. Pendant quarante ans, cette doctrine fut unanimement admise, et Grenier, citant un arrêt de la Cour de Nîmes qui l'avait jugé ainsi, ajoute que l'on aurait peine à croire que la prétention contraire ait été élevée, si cet arrêt n'en faisait foi. Mais, en 1841, elle fut vivement attaquée par M. Benech qui entreprit de démontrer dans un traité aussi remarquable par l'élégance du style que par la profonde érudition dont il témoigne, que l'art. 1094 n'est en aucun cas, restrictif de la quotité disponible de l'art. 913.

Si la thèse de cet auteur n'a jamais réussi devant les tribunaux, elle a néanmoins convaincu des jurisconsultes éminents. Aussi, croyons-nous devoir examiner la valeur de l'argumentation sur laquelle il l'a fondée. Ses principaux arguments sont tirés : 1° de la raison ou de la philosophie du droit ; — 2° des textes ; — 3° de l'esprit et de l'intention du législateur.

En raison, il n'est pas admissible que le législateur ait envisagé la qualité d'époux à la fois comme un titre de faveur et un motif de défiance. C'est l'un ou l'autre. Or, tout

démontre que le législateur a, dans tous les cas, voulu étendre la quotité disponible du droit commun en faveur de l'époux.

Ainsi, lorsque le disposant ne laisse ni ascendants ni descendants, il peut donner à son conjoint tout comme à un étranger, la totalité de ses biens. S'il laisse des ascendants, il peut disposer en faveur de son époux, outre la quotité disponible ordinaire, de l'usufruit de la réserve des ascendants.

S'il laisse trois enfants, il peut donner encore à son conjoint plus qu'à un étranger ; s'il laisse deux enfants, il peut lui donner au moins autant.

En somme, c'est seulement dans le cas où le disposant ne laisse qu'un enfant, quand la réserve est de moitié, qu'il ne pourrait pas donner à son conjoint tout ce dont il peut disposer en faveur d'un étranger.

« Il faudra donc consentir à dire que plus la réserve « des enfants sera modique et plus l'époux sera favorisé. « ....., Delvincourt dit, grâce faisant, que cela est « assez singulier ; nous disons, nous, que cela est ab- « surde. » (1)

Les textes prouvent que le législateur n'a pas été à ce point inconséquent et que l'art. 1094 est seulement facultatif pour l'époux donateur.

L'orsqu'en effet, la loi défend de disposer au delà d'une certaine limite, elle emploie une formule limitative, prohibitive, : témoin les art. 913 et 1098.

L'art. 1094, au contraire, se sert d'une formule facultative, permissive : « l'époux pourra donner. »

(1) Benech. *De la quot. disp. ent.* ép. p. 161-162.

Libre, par conséquent, aux époux de renoncer à cette faculté pour se replacer dans le droit commun s'ils le préfèrent. Pour que ce droit fût refusé aux époux, il faudrait que le législateur les eût frappés d'une incapacité de recevoir l'un de l'autre (*arg. art.* 902).

L'intention du législateur, telle qu'elle nous est révélée par les travaux préparatoires, était certainement de favoriser le conjoint et d'étendre à son profit le disponible de droit commun.

En effet, l'art. 16 du projet de l'an VIII (art. 913 du C. C.) fixait invariablement à un quart des biens la quotité disponible ordinaire de celui qui laissait un ou plusieurs enfants, tandis que l'art. 151 du même projet (*aug. art.* 1094) fixait, pour le même cas, la quotité disponible entre époux à un quart en propriété et un quart en usufruit ou moitié en usufruit. C'était donc bien le système extensif en faveur de l'époux que consacrait le législateur. Plus tard, il est vrai, l'art. 16 a été modifié par suite d'un amendement de Cambacérès, tandis que l'art. 151 subsistait dans son texte primitif, sauf la substitution essentiellement inoffensive du mot « pourra » au mot « peut ».

Par conséquent l'art. 1094, qui n'est autre que cet art. 151, a été maintenu dans le même esprit de faveur pour l'époux et afin qu'il obtint toujours autant, dans la plupart des cas, plus qu'un étranger. Cette interprétation est corroborée par la discussion qui eut lieu au Conseil d'Etat le 27 ventôse an XI, après l'adoption de l'art. 1094, au sujet de l'art. 176 du projet, devenu art. 1098. Le projet portait que l'homme ou la femme ayant des enfants d'un

premier lit ne pourrait donner à son conjoint qu'une part d'enfant et en usufruit seulement.

Cambacérès fit observer qu'on pouvait permettre de donner cette part d'enfant en toute propriété. Et Berlier, tout en se rangeant à l'avis du Consul Cambacérès, ajouta « qu'en accordant au nouvel époux la faculté de recevoir « une part d'enfant même en propriété, ce qui est rai- « sonnable, il est peut être convenable de modifier cette « règle; car s'il n'y avait qu'un enfant ou deux du pre- « mier mariage et point du second, le nouvel époux « pourrait, en partageant avec eux, avoir la moitié ou le « tiers de la succession. » (1)

En conséquence, il proposa de dire que le nouvel époux ne pourrait jamais avoir « plus du quart de la succession ». L'art. fut adopté avec les amendements de Cambacérès et de Berlier.

Preuve irréfutable, d'après M. Benech, que l'art. 1094 n'empêche pas l'époux d'obtenir, le cas échéant, la moitié de la succession de son conjoint, puisque, quelques instants après l'adoption de cet article, le législateur reconnaît qu'il est nécessaire d'édicter une disposition spéciale pour empêcher le conjoint qui a des enfants d'un premier lit de gratifier son époux de la moitié de ses biens.

Voilà la théorie de M. Benech, succinctement mais fidèlement rapportée. Les arguments qu'il présente à l'appui paraissent très sérieux, notamment celui tiré des travaux préparatoires. Ils ont été cependant réfutés d'une manière péremptoire, à notre avis.

(1) Locré t. XI p. 271 n° 37.

D'abord, au point de vue de la raison et de la philosophie du droit, Benech suppose qu'en fixant le disponible entre époux, les auteurs du Code sont partis du principe qu'il faut, dans tous les cas, élever le disponible entre époux au-dessus du disponible ordinaire. C'est là une fausse prémisse. Le législateur en réglant la quotité disponible entre époux s'est préoccupé surtout de la personne du donataire, beaucoup plus que de l'intérêt des réservataires qui est son seul objectif dans la quotité disponible ordinaire.

Il a voulu permettre au prémourant d'assurer à son conjoint la situation de fortune dont il a joui pendant la durée du mariage : aussi a-t-il établi, dans l'art 1094, un disponible fixe qui permet de donner au survivant au moins la jouissance de la moitié de la fortune du prémourant.

Si cette quotité suffit pour assurer l'existence du survivant, qu'importe le nombre des enfants issus du mariage ! Il est vrai qu'il peut sembler singulier que dans l'hypothèse où la réserve de l'enfant est la plus forte, la quotité disponible en faveur de l'époux soit plus faible que celle permise vis-à-vis d'un étranger. A cela on a répondu fort à propos par cette règle de bon sens formulée par Vinnius : *Lex arctius prohibet quod facilius fieri putat* (1). On n'a pas à craindre que le père ou la mère de l'enfant unique dispose à son préjudice de la moitié de ses biens au profit d'un étranger, tandis que souvent il pourrait en disposer au profit de son époux.

(1) Vinnius Inst. L. II T. 8.

Ajouterons-nous que l'existence d'un seul enfant fait présumer, en général, que le mariage a peu duré, et avec M. le Conseiller Faure que « l'époux survivant plus « jeune, plus isolé, peut se laisser entraîner à un second « mariage. Les biens à lui laissés, surtout en propriété, « peuvent même faciliter un second mariage, et alors, « n'est-il pas à craindre que ces biens, laissés par le « premier époux, au lieu de profiter à son enfant orphe- « lin, ne passent, en partie, du moins, aux enfants du « second lit ? (1). »

En voilà assez pour laver le législateur du reproche d'inconséquence dont on a été peut-être trop prodigue en notre matière.

Les textes sont loin d'être favorables à la thèse de M. Benech. Le mot « pourra » de l'art. 1094 indique dit-il, une faculté donnée par le législateur au disposant ; ce n'est pas une prohibition.

Nous répondons que la formule de l'art. 1094 est, en réalité, tout aussi prohibitive que celle des art. 1098 et 913. En effet, lorsque la loi permet de disposer jusqu'à un certain chiffre, elle est nécessairement prohibitive pour tout ce qui excède le chiffre qu'elle détermine ; autrement, la limite qu'elle apporte au droit de disposer n'aurait pas de sens.

D'autre part, comme le remarque fort justement M. Colmet de Santerre (2), la formule « ne pourra » n'aurait fait que déplacer la difficulté. On n'aurait pas manqué de prétendre qu'il y avait là un maximum, mais qu'à suppo-

(2) Cass. 3 décembre 1844. — S. 45. 1. 278.
(1) T. IV, n° 274 bis IV.

ser trois enfants, le disponible entre époux ne serait plus que d'un quart en propriété, comme le disponible ordinaire.

D'ailleurs, il est facile de prouver que la disposition de l'art. 1094 contient un système complet sur le disponible entre époux, système spécial et exceptionnel qui exclut le droit commun de l'art. 913. Cet article est placé dans le chap. IX du livre III, titre II. Que dit l'intitulé de ce chapitre? Il est ainsi conçu : Des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage. — De plus, les articles qui composent ce chapitre prévoient et règlent toutes les hypothèses possibles, sans qu'il soit besoin de recourir aux chapitres précédents ; donc ce chapitre est complet en même temps qu'il est spécial. Si ce chapitre est spécial et complet, il n'y a pas lieu de recourir à d'autres textes ; lui seul doit ici faire la loi.

MM. Benech et Boutry regardent cet argument comme une pétition de principe, attendu, disent-ils, que la question est justement de savoir si ce chapitre est ou non complet, si l'on doit s'en tenir à l'art. 1094 ou s'il faut se reporter à l'art. 913.

C'est une erreur, répondons-nous, car nous ne tirons pas argument de l'art. 1094, mais du chapitre entier.

Dès que nous prouvons que ce chapitre est complet et spécial, nous croyons être logique en décidant qu'on doit en accepter sans réserves toutes les parties.

Quant à l'argument puisé dans l'art. 902, il suffit, pour l'écarter, de faire remarquer que ce texte a trait à une question de capacité des personnes et que nous sommes en matière de disponibilité des biens.

Les travaux préparatoires eux-mêmes ne sont pas favorables à la doctrine de M. Benech. Il est bien vrai que dans le projet primitif, l'époux était toujours plus favorisé que l'étranger (comp. art. 16 et 151 du projet Jacqueminot), mais on ne peut en conclure que, dans la pensée du législateur, si le disponible de droit commun venait à être étendu, le disponible entre époux devrait également s'agrandir.

Marcadé (1) remarque avec justesse que si telle eût été la pensée du législateur, l'art. 151, au lieu de deux alinéas, n'en aurait eu qu'un seul ainsi conçu : « L'époux pourra donner à son conjoint tout ce qu'il « peut donner à un étranger ; et, en outre, un quart « d'usufruit, s'il laisse des descendants et s'il n'en laisse « pas, tout l'usufruit de la portion indisponible. »

Le même auteur ajoute que les paroles de Berlier, dont se prévaut Benech, ont été prononcées incidemment à l'occasion de l'art 1098 et que Berlier ne parle pas de ce qui doit se passer quand il y a des enfants communs, puisqu'il suppose qu'il n'y a pas d'enfant du second mariage.

La force de ce dernier argument nous paraît très contestable, mais nous allons voir que les travaux préparatoires fournissent des armes très sérieuses contre le système de M. Benech. Lorsque le projet fut communiqué officieusement à la section de législation du Tribunat, après que l'art 16 eut été modifié pour devenir l'art. 913 actuel, cette section proposa une nouvelle rédaction de l'art. 151.

(1) Cod. civ. t. IV. art. 1094, 1.

Son observation portait : « Dans le cas où il y aurait « des enfants, la Section pense qu'il est juste qu'un époux « puisse donner à l'autre tout ce dont il pourrait dispo- « ser en propriété, c'est-à-dire, autant qu'il pourrait « donner à un étranger, ou la moitié de ses biens en usu- fruit (1).

Le Tribunat voulait précisément consacrer la théorie de M. Benech et, pour cela, il lui paraissait nécessaire de changer la rédaction de l'art. 151.

Le Conseil d'Etat rejeta cet amendement et maintint le texte primitif. Qu'en conclure ? Benech dit que le Conseil d'Etat a jugé inutile d'énoncer expressément ce qui résultait déjà du projet. Nous croyons, au contraire, que le Conseil d'Etat a rejeté le système proposé par la section de législation du Tribunat.

Le rapport du tribun Jaubert et l'exposé des motifs au Corps législatif par M. Bigot-Préameneu sont concluants en ce sens.

Jaubert s'exprime ainsi : « Quant à l'émolument des « dispositions entre époux, il faut distinguer : s'il reste « des enfants du mariage, l'époux survivant ne peut avoir « qu'un quart en propriété et un autre quart en usufruit « ou la moitié de tous les biens en usufruit seule- « ment (2) »

Bigot-Préameneu emploie des termes tout aussi restrictifs : « Si l'époux donateur laisse des enfants, ces dona- « tions ne pourront comprendre que..... ..... (3).

(1) Locré t. XI p. 332, n° 74.
(2) Locré, t. XI p. 485, n° 88.
(3) » » p. 420-421, n° 87.

Pour écarter ces déclarations formelles, Benech en est réduit à accuser de précipitation les orateurs qui ont exposé les motifs de la loi, ce qui lui attire cette vive riposte de M. Laurent : « Tout le monde a tort ; l'interprète seul « a raison. Voilà à quoi se réduit très souvent ce que les « auteurs appellent l'esprit de la loi (1). »

En somme, nous n'hésitons pas à conclure avec la grande majorité des auteurs et la jurisprudence que l'art. 1094 détermine entre les époux une quotité disponible spéciale, toujours invariable (2).

Que décider si l'époux a fait à son conjoint une donation ou un legs d'un usufruit dépassant la moitié de ses biens? Les réservataires pourront-ils faire réduire purement et simplement le conjoint à l'usufruit de moitié, ou seront-ils tenus de lui abandonner une part quelconque de propriété ? C'est demander si l'art. 917 est applicable à la quotité disponible de l'art. 1094.

Cet art. 917 est ainsi conçu : « Si la disposition par « acte entre-vifs ou par testament est d'un usufruit ou « d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité « disponible, les héritiers, au profit desquels la loi fait « une réserve, auront l'option, ou d'exécuter cette dis- « position, ou de faire l'abandon de la propriété de la « quotité disponible. »

Nous croyons que l'art. 917 n'est pas applicable au cas de l'art. 1094. Il y en a d'abord une raison historique. Dans le projet Jacqueminot, il était de règle que le

(1) T. XV, n° 350.
(2) Cass. 30 juin 1885. D. 86, 1 256 — Demol. don. et test. t. VI. n° 500 — Laurent t. XV, n° 348-350. Baudry-Lacantinerie, t. 2, n° 738.

disposant ne pouvait donner en usufruit que la portion dont il pouvait disposer en toute propriété. Ainsi, la quotité disponible était-elle d'un quart en propriété, le disposant ne pouvait donner qu'un quart en usufruit.

Cette donnée historique révèle la portée de l'art. 1094. Les expressions « ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement » n'ont pas été écrites pour permettre la disposition, mais bien pour défendre qu'elle fût dépassée.

On a changé de règle, il est vrai, pour la quotité ordinaire et l'on a ajouté au projet l'art. 917 qui permet de donner même tout le patrimoine en usufruit, avec faculté pour le réservataire de subir la libéralité telle qu'elle est faite ou de la faire réduire à la quotité ordinaire en propriété. Mais rien de pareil n'a été décidé pour la quotité spéciale de l'art. 1094, de sorte que cet art. doit encore aujourd'hui être expliqué avec le sens et la portée qu'il avait lors de la présentation du projet Jacqueminot.

En droit, il est certain que l'art. 917 contenant une exception au principe d'après lequel les libéralités doivent recevoir leur exécution telles qu'elles sont faites, sauf réduction si elles excèdent le disponible, est de stricte interprétation. On doit, par conséquent, en restreindre l'application au seul cas qui y est prévu et lorsque les conditions exigées par la loi sont réunies. Or, l'art. 917 suppose la réunion des conditions suivantes : la portion disponible est fixée par la loi en pleine propriété — le donateur a disposé en usufruit — l'usufruit donné excède la valeur de la portion disponible en propriété.

Ces conditions ne se rencontrent pas dans l'art. 1094

puisque le législateur y fixe le disponible partie en propriété et partie en usufruit, ou tout entier en usufruit. Qui ne voit, du reste, que l'application de l'art. 917 à notre cas équivaudrait à la suppression du second terme de l'alternative « ou moitié en usufruit seulement. »

L'époux, objecte-t-on aurait pu donner un quart en propriété et un quart en usufruit à son conjoint ; il lui donne trois quarts en usufruit, par exemple ; ne manifeste-t-il pas ainsi sa volonté de lui donner la quotité disponible la plus forte en cas de réduction ?

C'est le cas de répondre : *Fecit quod non potuit ; non fecit quod potuit.* Le défunt n'a disposé qu'en usufruit ; en usufruit, il ne pouvait donner que la moitié ; s'il voulait augmenter sa libéralité, il devait choisir le premier terme de l'alternative de l'art. 1094.

Notre solution est consacrée par l'unanimité de la jurisprudence et la presque unanimité de la doctrine, sauf le dissentiment très logique de Benech et des partisans de sa théorie (1).

La même question se présente quand, au lieu d'une disposition en usufruit, c'est une disposition en viager ou en viager et en usufruit qui a été faite par le *de Cujus*. La raison de douter vient de ce que l'art. 917 mentionne à la fois les dispositions en usufruit et en rente viagère, tandis que l'art. 1094 ne parle que de l'usufruit ; aussi la question est-elle très controversée.

Prenons, par exemple, la disposition suivante :

(1) En ce sens : Demol. op. cit. n° 502 — Aubry et Rau t. VII, § 689. p. 257 texte et note 8 — Marcadé, art. 1094 n° 2 — Laurent t. XV n° 356. Baudry-Lacantinerie t. 2 n° 737, etc...
Cass. req. 30 juin 1885 — S. 85. 1. 352.

« Je lègue à mon épouse l'usufruit de mon mobilier et une rente viagère de 2000 fr. Comment calculer cette libéralité et de quelle manière opérer pour savoir si elle dépasse la quotité disponible ?

Trois opinions sont en présence.

Nous en rencontrons d'abord une première à laquelle il fallait s'attendre de la part de M. Bènech : l'art. 917 doit être appliqué. Ce qui nous étonne, c'est de voir ce système adopté par des adversaires de la doctrine de Benech qui arrivent à la même conclusion que lui par les motifs suivants :

1° L'art. 1094 ne parlant pas de viager ne se suffit pas à lui-même et l'on est obligé de recourir à l'art 917 :

2° Le don d'une rente viagère est bien différent d'un don d'usufruit. L'usufruitier supporte les charges de sa jouissance et court les chances de diminution ou de perte qui peuvent atteindre sa jouissance ou le fonds lui-même. Le donataire en rente viagère est, au contraire, créancier de prestations déterminées une fois pour toutes et que les réservataires devront fournir, quoi qu'il advienne. On est, par suite, dans la nécessité de comparer le chiffre de la rente avec la quotité disponible en propriété pour voir si celle-ci n'est pas dépassée ; il faudrait donc faire cette évaluation si douteuse que la loi a voulu prévenir en édictant l'art. 917 (1).

Une deuxième opinion, accréditée par M. Troplong (2) et basée sur un arrêt de la Cour de Rouen du 9 avril 1853, soutient qu'il faut faire une estimation de la rente,

(1) Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, t. 1, n° 345.
(2) Troplong, D. T., t. IV, n° 2574.

par comparaison avec la portion disponible la plus forte : un quart en propriété et un quart en usufruit, et lui donner effet jusqu'à due concurrence, mais en lui conservant son caractère viager, tel qu'il résulte de l'intention du disposant.

Ainsi, un quart en toute propriété et un quart en usufruit équivalent-ils à deux tiers en jouissance de toute la fortune, la rente viagère pourra être maintenue jusqu'à concurrence des deux tiers de toute la jouissance.

Tel est le système qui, selon M. Troplong, dénoue ingénieusement toutes les complications de la question.

Cependant nous ne l'acceptons pas, tout en disant, avec M. Troplong, qu'on ne peut pas convertir en toute propriété une disposition qui n'a été faite que pour la jouissance et qu'il n'appartient pas aux magistrats de dénaturer une donation et de la transformer, sous prétexte qu'elle ne peut pas s'exécuter telle qu'elle est. Nous ajoutons que, du moment qu'un tribunal reconnaît que le donateur n'a pas voulu disposer en propriété, il est obligé de décider qu'il n'a voulu disposer qu'en jouissance. Or, quand il s'agit de jouissance, n'est-il pas de règle certaine qu'il ne peut être donné par un époux plus de la moitié de ses biens à son conjoint? Qu'il soit reconnu, par exemple, que le donateur ait voulu donner plus de la moitié en usufruit, pouvait-il le faire? Voilà la vraie question et on la résout sans hésiter dans le sens de la négative à l'aide du texte de l'art. 1094.

Mais cet article, dit-on, ne parle pas du viager. S'il en est vraiment ainsi, nous répondons que pour être logique, il faudrait alors adopter le premier système que rejette M. Troplong. La vérité est que l'art. 1094 s'oc-

cupe aussi bien du viager que de l'usufruit proprement dit. Quand le législateur a employé le mot « usufruit » il avait l'idée de jouissance *in genere*. Cela devient évident si nous nous reportons encore une fois aux travaux préparatoires. Le projet Jacqueminot décidait qu'on ne pouvait donner en usufruit que la même portion de biens qui pouvait être donnée en propriété.

La preuve qu'on entendait par là le viager aussi bien que l'usufruit, c'est que, dans le projet, il est parlé de « pension », ce qui n'est autre chose que le viager. Or, l'art 151 faisait à la quotité disponible entre époux l'application pure et simple de la règle posée dans l'art. 17 ; par conséquent, cet art. 151 s'appliquant au don d'une pension comme au don d'un usufruit, il doit en être de même de l'art. 1094 qui est, dans le Code Civil, la reproduction textuelle de l'art. 151 du projet.

Nous arrivons ainsi à la troisième opinion qui décide avec raison, selon nous, qu'il faut uniquement comparer la rente à la quotité disponible en jouissance, c'est-à-dire à l'usufruit de la moitié et la réduire à la jouissance de la moitié du patrimoine.

Les arrérages de la rente seront donc réduits, s'il y a lieu, au revenu net de la moitié des biens. Les revenus des biens sont variables. Que décider s'ils deviennent insuffisants pour acquitter la rente ?

Nous répondrons que la rente sera réduite en conséquence, la disposition ne pouvant jamais dépasser l'usufruit de la moitié (1).

(1) En ce sens Demol. D. 4, t. VI, n° 503 — Laurent t. XV, n° 357 — Colmet de Santerre t. IV, n° 274 bis, VI — Toulouse, 3 juillet 1883. J. N. art. 23,052.

L'art. 1094 donne encore lieu à une autre difficulté.

Nous avons jusqu'à présent supposé que l'époux donataire est en présence d'enfants légitimes ou de descendants d'eux. Que décider s'il s'agit d'un enfant adoptif, unique héritier du disposant ? Nous pensons que la disposition de l'art. 350 ne permet pas d'hésiter sur ce point et que l'adopté pourra toujours invoquer efficacement le texte de l'art. 1094 (1).

Mais quid, s'il n'y a, en présence du conjoint, qu'un enfant naturel reconnu du disposant ?

Cet enfant naturel, pourra-t-il, en supposant, bien entendu sa réserve intacte, se prévaloir de l'art. 1094 et faire réduire la libéralité du conjoint à un quart en propriété et un quart en usufruit ?

« Le motif de douter, dit M. Laurent (2), c'est que « les enfants naturels ont un droit de même nature « que les enfants légitimes. »

La Cour de Cassation, par arrêt du 12 juin 1866, a rejeté cette prétention de l'enfant naturel en lui opposant deux arguments principaux : l'un de texte, l'autre tiré de l'esprit de la loi.

L'argument de texte repose sur le rapprochement des art. 1094 et 1098 et la corrélation étroite qui les unit. Dans l'art. 1098, il n'est question que d'enfants légitimes ; il doit en être de même dans l'art. 1094.

La Cour invoque aussi l'esprit de la loi en ces termes :

« Attendu qu'en fixant la quotité disponible d'une « manière absolue et sans égard au nombre des enfants,

(1) Demol. Adoption n° 161. 164.
(2) t. XV, n° 351.

« le législateur a voulu dégager les époux de toute préoc-
« cupation d'intérêt personnel et favoriser ainsi la
« fécondité du mariage ; que ce serait méconnaître sa
« pensée que d'étendre à l'enfant naturel le bénéfice
« d'une disposition imposée par un pareil motif, en
« lui donnant le droit de poursuivre... »

Nous croyons que cette décision est très bien rendue et nous l'approuvons entièrement.

APPENDICE

A. — *Etendue que doit recevoir la disposition suivant les cas.*

Toutes les questions que nous venons de résoudre sont essentiellement des questions de droit ; elles ne prêtent point à l'interprétation de la volonté du défunt.

Il faut examiner maintenant l'interprétation qu'il convient de donner à la disposition, si le donateur ou le testateur n'a pas employé une formule très précise. Disons tout de suite qu'il n'y a pas de formule sacramentelle ni de termes spéciaux à employer.

Un époux ayant des enfants a-t-il donné à son conjoint sa quotité disponible, tout ce dont il peut disposer, ou bien, l'a-t-il institué son légataire universel, l'époux aura droit à la quotité la plus forte de l'art. 1094. L'époux, ayant seulement des ascendants, donne tout son disponible à son conjoint. Cette disposition comprend-elle la réserve des ascendants? Oui,

en règle générale, et sauf le cas où l'intention contraire pourrait s'induire avec certitude de l'acte de libéralité (1).

Mais le disposant s'est servi des termes mêmes de l'art. 1094. Il a disposé ainsi :

Je donne et lègue à mon épouse ou un quart en propriété et un quart en usufruit, ou la moitié en usufruit seulement. Que décider ?

Si le choix appartient au conjoint, il prendra la quotité la plus forte ; s'il appartient aux réservataires, ils abandonneront la plus faible.

Nous estimons que c'est aux tribunaux à apprécier, d'après les termes de l'acte et les circonstances de la cause, ce que l'époux a réellement voulu donner à son conjoint. Dans le doute, ils devraient trancher la question dans le sens de l'intérêt des réservataires.

B. — L'époux donataire peut-il être dispensé de fournir caution et de faire inventaire, quand son usufruit porte sur la réserve ?

Pour l'inventaire, pas de doute. La dispense ne saurait être admise. Tout le monde est d'accord sur ce point, et le texte impératif de l'art. 600 du C. Civ., commande cette solution .

Pour la dispense de donner caution, la question est, au contraire, vivement controversée. Pour la négative on dit : Sans doute, le législateur moderne permet dans l'art. 601 au disposant de dispenser l'usufruitier de fournir caution ; mais d'où vient cette règle ? C'est une

(1) Toulouse, 24 août 1868. — D. 68. 2. 179.

simple application de l'adage : Qui peut le plus, peut le moins. Le constituant aurait pu donner la pleine propriété ; *à fortiori*, peut-il, en donnant l'usufruit, accorder au bénéficiaire la dispense de caution. Ici la situation est tout autre. Nous sommes en présence de réservataires qui doivent recevoir leur réserve intacte. La loi permet, quand il s'agit de libéralités entre époux, de réduire cette réserve à une nue propriété, suivant les cas, en tout ou en partie, mais le disposant ne peut aller plus loin. Et qui ne voit l'atteinte profonde que la dispense de caution peut porter aux droits des réservataires nupropriétaires, surtout s'il s'agit de valeurs mobilières, de capitaux ; hypothèses si fréquentes de nos jours ! Vainement objecterait-on avec M. Troplong (1), que, sous prétexte de conserver la réserve, cette opinion compromet la dignité des parents. La force des choses l'emporte sur toute considération de ce genre. Et la conséquence de l'inviolabilité de la réserve, c'est que l'époux qui a des enfants et qui donne à son conjoint moitié en usufruit, peut seulement le dispenser de caution pour le quart qu'il aurait pu lui attribuer en toute propriété (2).

Ces arguments sont sérieux, nous le reconnaissons sans peine, mais nous croyons devoir adopter l'opinion contraire, bien que nous soyions particulièrement frappé de l'équité de ce premier système. Nous sommes, en effet, arrêté par ce raisonnement bien simple : S'il n'y avait dans le Code aucun texte, soit

(1) D. et t. IV, n° 2,576.
(2) Demol. Traité de la Distinction des biens, t. II, n° 493.

pour ordonnèr la caution, soit pour en dispenser, on ne pourrait pas forcer l'usufruitier à en fournir une, car sur quoi se baserait-on pour lui en faire une obligation ? En fait de disposition à titre gratuit, tout ce qui n'est pas contraire à la loi et aux bonnes mœurs est permis. Or, l'art. 1094 permet de donner non-seulement la propriété de telle partie de la fortune, mais encore l'usufruit d'une autre partie.

Il est muet sur la caution, ainsi que tous les autres textes du chapitre ; il n'y a donc pas lieu d'exiger une caution. Si on l'exige cependant, ce ne peut être qu'en vertu de l'art. 601 du Cod. Civ., et, si l'on recourt à cet article, on est obligé de l'accepter dans toutes ses parties, dans sa règle et dans ses exceptions. Il ne distingue pas entre le cas où l'usufruit porte sur des biens dont on pouvait disposer en totalité ou sur des biens dont la nue-propriété était indisponible.

Aussi, concluons-nous avec la jurisprudence que l'usufruitier de l'art. 1094 peut être valablement dispensé par son conjoint de fournir caution, quand son usufruit porte sur la réserve (1).

Observation. Les modifications apportées à l'art. 767 C. Civ. par la loi du 9 mars 1891, portent sur les droits successoraux du conjoint survivant, mais n'atteignent en rien le chapitre des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.

(1) Cass. 5 juillet 1876. Pand. fr. chr. V. 1. 265. Trib. Lyon, 4 février 1885. Aubry et Rau t. 7 § 179 p. 166, texte et note 6.

L'utilité de ces dernières dispositions demeure manifeste, car elles sont susceptibles d'étendre dans une large mesure l'usufruit accordé au conjoint survivant par le nouveau texte de l'art. 767.

Et d'abord, la quotité disponible entre époux fixée par l'art. 1094 dépasse de beaucoup la part de succession sur laquelle porte l'usufruit légal. Si l'époux donateur laisse des enfants, ou descendants il peut gratifier son conjoint, soit d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit, soit d'une moitié en usufruit ; dans cette hypothèse, le droit de succession ne dépassera jamais le quart en usufruit. S'il n'y a pas d'enfants ou descendants d'eux, les époux peuvent disposer l'un en faveur de l'autre dans les termes de l'art. 1094, al. 1. Si, au contraire, il n'a pour titre que son droit de succession, le conjoint survivant en concours avec des ascendants réservataires ou avec des héritiers non réservataires, ne pourra exercer son usufruit que sur la moitié des biens délaissés par le prémourant, sans que son droit puisse préjudicier à la réserve des ascendants.

En outre, les donations entre époux par contrat de mariage sont irrévocables comme le contrat qui les contient. Si c'est un usufruit qui est assuré à l'époux par contrat de mariage, il ne peut être ni supprimé, ni diminué pendant le mariage.

En ce qui concerne l'usufruit légal, l'un des deux époux peut, à tout instant de sa vie, en priver l'autre par des dispositions à titre gratuit au profit d'étrangers,

Enfin, au cas où il existe des enfants d'un premier lit, nous allons voir (Chap. II infra.) que le conjoint de l'époux remarié peut recevoir, par voie de donation ou de testament, une part d'enfant légitime le moins prenant en pleine propriété.

A titre héréditaire, cette même part ne lui est attribuée qu'en usufruit.

Cela suffit à montrer l'intérêt que les époux ont aujourd'hui encore à préférer un droit conventionnel même en usufruit, à l'usufruit légal accordé par le nouvel art. 767.

CHAPITRE II

Quotité disponible entre époux ayant des enfants d'un précédent mariage.

Aux termes de l'art. 1098 « l'homme ou la femme « qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un « second ou subséquent mariage, ne pourra donner à « son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le « moins prenant, et sans que, dans aucun cas, ces « donations puissent excéder le quart des biens. »

Nous avons établi par avance la filiation de cet article en étudiant, en droit Romain, les constitutions des empereurs chrétiens et, dans notre ancien droit, l'Edit des secondes noces. C'est sous l'influence du spiritualisme chrétien, avons-nous dit, que les seconds mariages, considérés dans l'antiquité païenne comme favorables à la

moralité, et au bien de l'Etat tombèrent en défaveur. Les Pères de l'Eglise les proscrivirent énergiquement et Saint-Ambroise est allé jusqu'à dire : « *Generare liberos vis,* « *non fratres futuros tuorum, sed adversarios filio-* « *rum. Quid est ergo generare alios, nisi spoliare* « *quos habes liberos, quibus pariter auferuntur et* « *pietatis officia et compendia facultatum.* » Le législateur civil cherche à les entraver par les constitutions *Feminæ quæ, generaliter et Hac Edictali.*

L'Edit de 1560, malgré les termes du préambule, s'inspirait beaucoup plus de l'idée de protection pour les enfants du premier lit que d'une idée de défaveur pour les seconds mariages (arrêt du Parlement de Paris du 16 mars 1697 rendu sur les conclusions de d'Aguessau)

Notre Code a traduit sa sollicitude pour les enfants dont le père ou la mère contracte un nouveau mariage, par l'art. 1098.

L'art. 176 du projet Jacqueminot avait reproduit les deux chefs de l'Edit. Sur le premier chef, il n'accordait la part d'enfant le moins prenant qu'en usufruit. Nous savons que, sur les observations du Consul Cambacérès, cette part fut fixée en propriété et que Berlier, à l'aide d'une considération qui devait fournir plus tard son meilleur point d'appui à la théorie de M. Benech, la fit restreindre dans tous les cas au quart des biens. (1)

La partie du projet qui reproduisait le deuxième chef de l'Edit fut rejetée avec raison, avons-nous dit en terminant l'exposé du droit ancien, notamment comme con-

(1) Locré t. IX p. 270

traire à un principe fondamental de notre législation : celui de l'égalité qui doit régner entre les enfants d'un même père ou d'une même mère.

Avant d'étudier la portée de l'art. 1098, nous devons observer que, comme l'article 1094, il contient une règle d'indisponibilité réelle, et non d'incapacité personnelle.

La rédaction de l'article 1098 est conçue *in personam*, il est vrai, à la différence des art. 913 et 915 conçus *in rem*, mais ce serait une erreur d'en conclure que le législateur décrète une incapacité contre le nouveau conjoint. C'est le cas de nous rappeler la maxime bien connue : « *Scire leges non est earum verba tenere, sed « vim ac potestatem* ». Or, comment croire que notre législateur ait voulu décréter une incapacité contre le nouvel époux, alors qu'il lui donne le pas, même sur les ascendants et qu'il en fait l'égal des enfants. Les auteurs du Code n'ont certainement pas eu l'intention d'entraver les seconds mariages que peuvent souvent commander la raison et les convenances. « Ce qui les préoc- « cupe exclusivement, dit très bien M. Laurent, (1) « c'est le sort des enfants du premier lit. » L'intérêt des enfants du premier lit pouvait être compromis par le second mariage; c'est à quoi le législateur a voulu remédier par l'art. 1098 qui, dès lors, ne constitue évidemment qu'une règle de disponibilité réelle.

Et nous tirons de là cette conclusion importante que, pour apprécier le sort d'une libéralité faite au second époux, il faut se placer, suivant les principes généraux

(1) t, XV n° 381

en matière de quotité disponible, non au jour de l'acte, mais au jour du décès du disposant.

La libéralité ne sera jamais nulle ; elle pourra être simplement réduite, si elle est excessive.

Nous diviserons ce chapitre en deux sections. Nous verrons dans la première les cas d'application de l'art. 1098 et, dans le second, nous étudierons le disponible spécial de cet article.

SECTION I.

Dans quels cas l'art. 1098 est applicable

La première condition pour que ce texte soit applicable, c'est que l'époux donateur laisse en mourant des enfants d'un autre lit. On pourrait croire, à s'en tenir aux termes de l'art. 1098, qu'il suffit, pour son application, que le donateur ait eu, au moment de la célébration de son nouveau mariage, des enfants d'une précédente union. Il porte, en effet « L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit .....

Cette interprétation, contraire à la tradition et aux véritables principes, est universellement rejetée.

En conséquence, si l'époux qui a contracté un second mariage ne laisse point à son décès d'enfant d'un autre lit, aucune réduction spéciale ne vient plus limiter sa faculté de disposer au profit de son nouvel époux : le droit commun reprend son empire (1).

(1) En ce sens : Demol. op. cit. n° 554-555 — Aubry et Rau, t. VII § 690 p. 272 texte et note 2. Laurent t. XV, n° 382.

L'art. 1098 dit : « L'homme ou la femme ayant des enfants.....

Faut-il plusieurs enfants ou un seul suffit-il ? C'est dans ce dernier sens qu'il faut évidemment résoudre la question. Le Code a bien d'autres fois employé le pluriel dans des cas s'entendant aussi bien d'une que de plusieurs personnes (960-1094.)

Le texte même prouve que telle est bien la pensée du législateur. Après avoir dit que l'époux ne peut donner à son nouveau conjoint qu'une part d'enfant, la loi ajoute « et, sans que dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens, » ce qui vise précisément le cas où l'époux donateur laisserait un ou deux enfants, car la part d'enfant atteindrait alors la moitié ou le tiers (amendement Berlier).

Le mot « enfant » comprend non seulement les enfants au premier degré, mais aussi leurs descendants.

Ce point ne fait pas doute. De même l'enfant simplement conçu lors de la célébration du nouveau mariage de son ascendant serait protégé par l'art. 1098 (arg. art. 725.)

Les enfants d'un autre lit, ce sont les enfants légitimes et aussi les enfants légitimés, car la légitimation a pour conséquence de faire considérer l'enfant légitimé comme issu du mariage par lequel elle s'est opérée.

L'existence d'un enfant naturel ne donnerait pas lieu à l'application de l'art. 1098. La preuve en résulte du texte qui ne restreint le disponible qu'en faveur des enfants d'un autre lit, c'est-à-dire des enfants légitimes.

La présence d'un enfant adoptif, en supposant, bien

entendu, une adoption antérieure au mariage, entraîne-t-elle l'application de l'art. 1098 ?

La question est controversée. Certains auteurs et des plus recommandables (1) pensent qu'il doit s'appliquer, puisque, en vertu de l'art. 350, l'enfant adoptif a sur la succession de l'adoptant les mêmes droits qu'aurait l'enfant né en mariage. Cela est vrai, mais s'en suit-il qu'il puisse bénéficier d'une faveur exorbitante, alors qu'en fait sa situation est si différente de celle des enfants véritablement issus du disposant? Nous ne le croyons pas et nous pensons que l'art. 1098 n'est pas fait pour l'enfant adoptif. Cet art. n'a été rédigé que pour protéger les enfants d'un premier lit, pour empêcher qu'ils fussent victimes de l'excès de tendresse de leur auteur vis-à-vis des enfants du nouveau mariage et vis-à-vis de son nouvel époux.

Pour l'enfant adoptif, ce motif n'existe pas, et c'est le cas d'interprêter strictement et *secundum verba* l'art. 1098 qui ne parle que des enfants d'un autre lit, ce qui ne peut évidemment s'entendre des enfants adoptifs.

Faut-il pour l'application de l'art. 1098 que l'enfant du premier lit accepte la succession de son père ou de sa mère ?

Nous répondons affirmativement. L'art. 1098 établit, en effet, une réserve spéciale de même nature que celle de l'art. 913 et se confondant même avec elle comme quantum, s'il y a trois enfants.

Or, c'est un principe certain que la réserve est une

(1) Demol. Adop. n° 163.

partie de la succession mise par le législateur à l'abri des dispositions à titre gratuit. Il faut être héritier avant d'être réservataire : *prius est esse quam esse tale.*

Sans doute, nos anciens auteurs donnaient une solution différente. Les termes de l'Edit semblaient favoriser leur interprétation. Pothier (1) ajoutait que la femme remariée, qui gratifie son second mari, met les biens donnés hors de sa succession.

Cet argument ne peut s'appliquer aux biens légués et on peut le combattre pour les biens donnés en faisant observer que l'action en réduction a précisément pour but de faire rentrer ces biens dans la succession, en tant qu'ils excèdent le disponible. D'ailleurs, cet argument prouverait trop, puisqu'il faudrait l'appliquer à toutes les donations, quel que fût le donataire, ce que personne ne voudrait admettre.

Et à quel titre, les enfants du premier lit ne venant pas à la succession de leur auteur réclameraient-ils l'application de notre texte ? « En qualité d'enfants, *jure sanguinis*, *jure naturali* » répond M. Troplong. A quoi M. Demolombe (2) riposte avec raison : « Mais « vraiment est-ce que c'est là une manière d'acquérir » sous l'empire de notre Code? » (arg. art., 711 et suiv.)

SECTION II

Du disponible spécial de l'art. 1098

L'art. 1098 restreint le disponible ordinaire en le limitant à une part d'enfant, et en ajoutant que la libéralité

(1) Traité du Coutrat de mariage, n° 568.
(2) Op. cit. n° 564.

ne peut jamais excéder le quart des biens. Cette limitation au quart des biens est de droit nouveau et elle témoigne, de la part du législateur, l'intention de restreindre plutôt que d'étendre la quotité disponible en faveur des nouveaux époux.

Comment faut-il entendre les restrictions du texte si l'époux contracte un 3e ou 4e mariage ?

Le disposant pourra-t-il donner une part d'enfant à chacun de ses nouveaux conjoints ?

Dans l'ancien droit, le texte de l'Edit « à leurs nouveaux maris » ne laissait aucun doute sur ce point.

Aujourd'hui, la question est controversée.

Un premier système enseigne que le veuf ou la veuve avec enfants qui contracte successivement plusieurs mariages peut donner à chacun de ses nouveaux conjoints une part d'enfant, pourvu qu'au total, ces libéralités n'excèdent pas le disponible de l'art. 913.

Ce système se fonde précisément sur la différence de rédaction de l'art. 1098 et de l'Edit de 1560.

Un deuxième système admet le même raisonnement, mais il ajoute cette limitation que l'ensemble des donations ne doit pas excéder le quart des biens du disposant, l'art. 1098 exigeant qu'en aucun cas, ce quart ne soit dépassé.

La différence de résultats entre les deux systèmes est sensible au cas où le disposant ne laisse, par exemple, qu'un ou deux enfants de sa première union.

Enfin, un troisième système, pour lequel nous ne cachons pas nos préférences, décide que les nouveaux époux réunis ne pourront jamais obtenir qu'une part

d'enfant. L'interprétation traditionnelle est d'autant plus fondée que, ainsi que nous l'avons remarqué tantôt, le législateur, en apportant une nouvelle limitation aux dispositions permises en faveur du nouvel époux, a manifesté l'intention de restreindre cette quotité disponible. Cette interprétation est confirmée par l'exposé des motifs de M. Bigot-Préameneu où il est dit: « On a maintenu « cette sage disposition..... il a été réglé que, dans « ces cas, les donations au profit du nouvel époux ne « pourront excéder une part d'enfant légitime et que, « dans aucun cas, ces donations ne pourront excéder le « quart des biens (1) ». Quant au texte de l'art. 1098, il ne saurait justifier les deux premiers systèmes. Il ne dit pas, il est vrai, « à ses nouveaux époux, » mais il ne dit pas davantage « à chacun de ses nouveaux époux » ce qui, d'après Pothier (2) eût été décisif.

Le Code emploie l'expression « son nouvel époux » expression collective qui, sans forcer le sens des mots, peut comprendre tous les nouveaux conjoints.

L'article ajoute « sans que, dans aucun cas, ces dona- « tions puissent excéder le quart des biens ». Ces mots « ces donations » peuvent très bien s'entendre du genre de donations dont il s'agit, sans être obligé de supposer plusieurs donations faites à des époux successifs.

Au surplus, l'esprit de la loi, tout de faveur pour les enfants du premier lit, qui auront besoin de protection, en cas de troisième ou de quatrième mariage de leur au-

(1) Locré t. XI, p. 442, n° 89.
(2) Cont. de mariag. n° 566.

teur, plus encore que dans l'hypothèse d'un second mariage, résout évidemment la question dans le sens de ce troisième système.

C'est une part d'enfant légitime que l'art. 1098 permet de donner au nouvel époux, mais avec la restriction que c'est une part d'enfant le moins prenant.

Comme conséquence, si l'un des enfants avait reçu des libéralités par préciput, il faudrait les déduire de la masse sur laquelle doit être calculée la part du nouvel époux. Bien entendu, si la part d'enfant ainsi déterminée, atteignait un quantum plus élevé que le quart, il faudrait la réduire au quart.

Faut-il prendre pour base la part dont l'enfant le moins prenant se contente en fait ou celle à laquelle il a droit? Cette question était controversée dans l'ancien droit ; aujourd'hui, il est parfaitement reconnu que c'est la part légale de l'enfant le moins prenant qui doit servir de base. Il suffit donc de compter l'époux pour un enfant de plus et de partager la succession entre toutes les personnes aptes à recueillir dans la proportion de leurs droits, l'époux ayant autant que l'enfant qui a le moins. Parmi les personnes aptes à recueillir, nous comptons d'abord l'époux, ensuite tous les enfants, légitimes, légitimés ou adoptifs, qui n'ont pas renoncé à la succession ou qui n'en ont pas été exclus comme indignes, sans faire aucune distinction entre les enfants du premier lit et ceux d'un lit subséquent. Nous observons toutefois que si l'un des enfants est prédécédé laissant des descendants, ceux-ci comptent pour une seule tête et cela, sans distinguer, comme le faisaient dans l'ancien droit les jurisconsultes

les plus autorisés, le cas où il y avait des descendants de plusieurs enfants prédécédés et celui où l'enfant unique était mort, laissant lui-même des descendants. Pothier, dans ce dernier cas, décidait que le nouvel époux n'aurait qu'une part de petit-enfant (1). Pareille distinction est contraire au texte et à l'esprit du Code.

S'il y a des enfants naturels, il faudra, avant de calculer la part du nouvel époux, distraire de la masse la part à laquelle les enfants naturels ont droit, d'après l'art. 757, de manière à la faire supporter proportionnellement au nouvel époux et aux enfants légitimes, de même que les libéralités préciputaires ou faites au profit d'étrangers sont distraites de la masse sur laquelle se calculera la part d'enfant.

D'ordinaire, la donation est faite dans les termes de la loi. Celui qui se remarie donne à son conjoint une part d'enfant. Que décider, dans ce cas, s'il n'y a pas d'enfants du second mariage et que tous ceux du premier mariage prédécèdent?

Dans l'ancien droit, Pothier élevait la part à la moitié de la succession en vertu de cette règle de la loi romaine : « *Partitionis appellatio, si non fuerit portio adjecta, dimidia pars intelligitur* » (l. 164 § 1. D. *de verb. sign.*, 50, 16).

C'est là, avant tout, une question d'intention et l'intention se manifeste par les termes de la donation.

Il est certain que, dans la prévision de la mort de ses enfants, l'époux remarié peut donner à son conjoint,

(1) *Contr. de mariag.*, n^os^ 564, 565.

soit le disponible de l'art. 1094, s'il laisse des ascendants soit tous ses biens, s'il ne laisse aucun réservataire.

La difficulté consiste à déterminer l'étendue de la libéralité quand l'époux donne une part d'enfant ; le maximun de cette part, c'est le quart. Si l'époux avait plus de trois enfants en se remariant, la part ne serait que du cinquième ou moindre encore.

Est-ce cette part qu'il a voulu donner à son nouveau conjoint, ou est-ce le maximum du quart ?

On ne peut pas le dire, puisque le donateur n'a rien précisé. Il a donné ce qu'il pouvait donner ; il faut donc admettre, avec l'opinion générale, qu'il lui a donné un quart, tel étant le maximum. (1)

Nous maintiendrions d'ailleurs cette solution si tous les enfants du premier mariage étant prédécédés, renonçants ou indignes, le nouvel époux donataire ne se trouvait en concours qu'avec un ou deux enfants du second ou subséquent mariage. (2)

En disposant que le veuf ou la veuve qui se remarie ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, l'art. 1098 n'a pas entendu imposer un mode exclusif ; il a simplement indiqué un maximum jusqu'auquel les donations de biens présents sont tout aussi valables que les donations de biens à venir, les libéralités à titre particulier que celles à titre universel.

D'ordinaire cependant, c'est une part d'enfant qui fait l'objet de la libéralité. Quel est le caractère de cette do-

(1) Grenier t. IV p. 372 n° 683
(2) Demol op. cit. n° 591

nation ? C'est une donation de biens à venir qui ne s'ouvre qu'à la mort du donateur, car c'est alors seulement qu'on pourra la déterminer.

Il s'ensuit qu'on doit décider (art. 1089) que cette donation devient caduque par le prédécès du donataire. S'il existe des enfants du second mariage, sont-ils censés compris dans la donation, comme le dit l'art. 1082 de l'institution contractuelle ?

Dans l'ancien droit, on admettait une substitution tacite au profit des enfants du donataire.

Cela n'est plus possible aujourd'hui ; le texte de l'art. 1093 s'oppose, croyons-nous, même à l'efficacité d'une substitution expresse.

Observons, en terminant, que la loi ne frappe pas l'époux qui se remarie d'incapacité de disposer de ses biens à titre gratuit ; elle réduit seulement la quotité de biens dont il peut disposer au profit de son nouveau conjoint. Hors le cas de cette restriction, et réserve faite des explications que nous fournirons sur l'art. 1100, il reste sous l'empire du droit commun. Il en résulte qu'il peut disposer de ses biens, dans les limites des art. 913 et suiv. non seulement en faveur des enfants de ses précédentes unions ou d'un étranger, mais encore en faveur des enfants issus du nouveau mariage. (1)

Ce point avait été contesté dans l'ancien droit, à ce que nous apprend Ricard (2) ; l'opinion favorable aux enfants du nouveau mariage avait cependant prévalu.

(1) Aubry et Rau t. VII § 690 p. 285. — Demol. op. cit. n° 565 — Laurent t. XV n° 391.
(2) Ricard Donat. partie III n° 1232-1234.

Aujourd'hui, l'art. 745 qui proclame l'égalité des droits de tous les enfants, même issus de différents mariages, ne permet plus la controverse.

CHAPITRE III

De la réduction lorsque l'époux donateur n'a disposé qu'au profit de son conjoint.

Les articles 1094 et 1098 établissent des disponibles exceptionnels. Si ces disponibles sont dépassés, les libéralités seront, non pas frappées de nullité, mais simplement réductibles, conformément au droit commun : cela est universellement admis.

Comment la réduction sera-t-elle opérée ? Qui exercera l'action ? Quel est le caractère de l'action ? Quels en sont les effets ?

Pour tous ces points, nous nous référerons purement et simplement au droit commun des art. 920 à 930.

Lorsque l'époux n'a fait de dispositions qu'au profit de son conjoint, le recours aux principes ordinaires donne, en général, des solutions satisfaisantes.

Dans le domaine de l'art. 1094, par exemple, supposons une disposition portant sur tous les biens.

Le donateur a disposé par contrat de mariage en faveur de son époux de l'usufruit de tous ses biens.

Survient un enfant. La libéralité est réduite à l'usufruit de moitié, puisqu'en usufruit, l'époux laissant des enfants ne pouvait disposer que de la moitié.

La question devient plus délicate si le donateur dispose d'une quotité portant, non sur tous les biens, mais sur des universalités distinctes : ce problème fera l'objet de notre première section.

Dans le domaine de l'art. 1098, et sous une deuxième section, nous aurons à examiner plusieurs points intéressants. Nous préciserons notamment les libéralités réductibles, les qualités requises pour exercer l'action en réduction et nous aurons à décider de quelle façon les libéralités en usufruit doivent être réduites.

Mais, au préalable, il convient d'examiner une question commune aux deux hypothèses et relative à la formation de la masse, qui est une des opérations préparatoires de la réduction.

On se demande si l'époux donataire a le droit d'exiger la réunion fictive à la masse des libéralités non préciputaires faites par le donateur à ses enfants.

Il y a un motif de douter : l'époux n'est pas un réservataire ; il ne peut donc se prévaloir de l'art. 922. D'autre part, l'art. 921 décide que les donataires ne pourront demander la réduction, ni en profiter, et, de son côté, l'art. 857 dispose que le rapport n'est pas dû aux légataires, mais simplement par le cohéritier à son cohéritier.

A cela nous répondons avec M. Laurent (1) que l'époux donataire ou légataire ne demande ni la réduction, ni le rapport. Il demande qu'on détermine la quotité de biens dont son conjoint a pu disposer à son profit ; or,

(1) Tome XV, n° 401.

cette quotité est une fraction du patrimoine de l'époux donateur. Il faut donc que l'on reconstitue ce patrimoine en y comprenant fictivement les biens qui en sont sortis par avancement d'hoirie. En somme, ce que demande l'époux, c'est simplement l'imputation par l'enfant avantagé sur sa part héréditaire du montant de la libéralité non préciputaire, et cette imputation n'est que l'application des principes généraux.

Les avancements d'hoirie ne sont, en réalité, que des remises anticipées des parts que les successibles doivent un jour recueillir dans sa succession.

Il est donc parfaitement logique que les héritiers soient obligés d'imputer sur leur part héréditaire ce qu'ils ont reçu à ce titre. Mais, notons-le encore, ce n'est que fictivement que la réunion à la masse aura lieu, de telle sorte que si les biens existants ne suffisaient pas à remplir le conjoint du quantum de ses droits, il ne pourrait rien prétendre sur les biens donnés en avancement d'hoirie.

Ces principes ont été sainement appliqués par un arrêt de la Cour d'Orléans (1) qui, après avoir posé la règle que, pour déterminer l'importance de la quotité disponible entre époux, on doit réunir fictivement à la masse les biens donnés en avancement d'hoirie par l'époux donateur, même pour dot aux enfants communs, y apporte cette restriction éminemment rationnelle qu'il en serait autrement si le donateur avait manifesté une volonté contraire par la donation ou le testament.

Il est évident que si, par exemple, le testateur lègue à

(1) 1er février 1883. D. 85. 2. 104.

son conjoint l'usufruit de la moitié des biens qui composeront son patrimoine au jour de sa mort, le légataire ne saurait prétendre à la réunion fictive à la masse des biens donnés en avancement d'hoirie. Le seul droit que nous lui reconnaissions, en l'espèce, est, au cas où l'usufruit légué serait inférieur au montant des droits attribués au conjoint survivant par la loi du 9 mars 1891, de réclamer le complément des dits droits, si toutefois, les biens restés libres dans la succession le permettent.

SECTION I.

De la réduction dans le cas de l'art. 1094

Nous devons ici étudier le problème de la réduction dans le cas où la libéralité en faveur de l'époux, au lieu d'affecter également l'ensemble du patrimoine, porte sur des universalités distinctes.

L'hypothèse s'est réalisée deux fois dans l'année 1862 et a donné lieu à des décisions que nous allons analyser pour établir notre système.

Première Espèce. — Une femme décède laissant une fille. Elle avait légué à son mari la propriété de tous ses meubles et l'usufruit de tous ses immeubles. Le mari meurt sans avoir demandé la délivrance de son legs. Après sa mort, un créancier de sa succession demande cette délivrance. Il ne contestait pas que les deux dispositions excédâssent la quotité disponible ; le désaccord s'élevait sur le mode de réduction.

Le Tribunal de Confolens décida que la mort du léga-

taire avait éteint l'usufruit avant la demande en délivrance, que par suite, le legs, en cette partie, ne pouvait sortir à effet. Il décida, en outre, que la succession du mari n'avait plus droit qu'au *quart* du mobilier de la femme en toute propriété.

Sur l'appel, la Cour de Bordeaux rendit un arrêt conforme. Pourvoi en Cassation. La Cour suprême a décidé, très justement selon nous, que l'arrêt de Bordeaux violait les art. 922 et 1094. Elle l'a cassé en statuant qu'il n'y avait plus, il est vrai, à parler de jouissance, mais que, pour la propriété des meubles, le quart ne devait pas se calculer sur le mobilier seul, mais sur le patrimoine entier (1).

Et, en effet, ainsi que le dit très bien M. Laurent (2) « le disponible entre époux porte sur tous les biens. « Quand il s'agit de déterminer si ce disponible est dé- « passé, il faut, comme le veut l'art. 922, former une « masse de tous les biens existants au décès de l'époux « donateur ; il fallait donc calculer le quart en propriété « jusqu'à concurrence duquel il y avait lieu de réduire le « legs sur l'hérédité tout entière, meubles et immeu- « bles. »

Deuxième Espèce. — La même libéralité que celle qui précède avait été faite dans le contrat de mariage des époux Esneu. La femme décède laissant des enfants communs pour héritiers. Le mari survivant demanda l'exécu-

(1) Cass. 28 mai 1861. D. 62. 1. 214.
(2) Tome XV. n° 379.

tion de la donation faite à son profit. En fait, la valeur des meubles représentait un huitième de la succession.

C'est uniquement sur le mode de réduction que portait encore la difficulté.

Quatre systèmes différents furent proposés.

Le premier système prétendait qu'il ne fallait former qu'une masse des biens du *de cujus*, et attribuer à l'époux donataire le quart en propriété et le quart en usufruit de tous les biens meubles et immeubles.

Ce système fut admis par le tribunal de Vire.

Nous lui reprochons d'abord de ne tenir aucun compte de la volonté du disposant qui avait cependant marqué sur quelle nature de biens il entendait que portât, soit la propriété, soit l'usufruit, et, en outre, d'attribuer un droit de propriété sur les immeubles dont l'usufruit seul a été donné, ce qui est contraire à la règle que nous croyons avoir établie : savoir que l'art. 917 est inapplicable à la quotité disponible de l'art 1094.

Le second système présenté par M. Bertault dans une consultation du 30 octobre 1848 opérait la réduction divisément sur les meubles et les immeubles.

Il attribuait à l'époux donataire un quart en propriété et un quart en usufruit sur les meubles et la moitié en usufruit sur les immeubles.

N'est-ce pas, disait-on, se conformer à la volonté du disposant aussi fidèlement que le permet le texte de l'art. 1094 ?

Nous répondrons que ce système encourt un double reproche. Il fait deux masses distinctes et il opère deux sortes de réduction, contrairement à l'art. 922. Il

ne donne point à l'époux gratifié tout ce qui lui a été donné et tout ce qui pouvait lui être donné d'après l'art. 1094.

Le troisième système, présenté en appel par M. l'avocat général Farjas, décidait qu'il fallait respecter la disposition en propriété portant sur les meubles en entier, puisqu'elle n'atteignait pas le quart de la succession, mais l'usufruit devait être limité au quart des immeubles.

Cette limitation arbitraire et que rien n'autorise dans la loi, nous fait rejeter ce système.

L'époux pouvait donner à son conjoint l'usufruit de la moitié de ses immeubles, et cette donation ne pouvait être réduite au quart que si la donation portant sur les meubles atteignait le quart des biens en propriété, puisque la quotité disponible est d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit de tout le patrimoine.

Le quatrième système, consacré par l'arrêt de la Cour de Caen (1), nous paraît avoir résolu victorieusement la difficulté.

Il attribue à l'époux la pleine propriété des meubles qui représentent un huitième de la succession, et cela parce que le *de cujus* aurait pu donner deux fois plus en propriété, soit le quart.

Il lui donne, en outre l'usufruit sur trois huitièmes des immeubles, savoir: deux huitièmes auxquels il aurait droit si la propriété des meubles équivalait au quart de la masse totale; et un huitième pour complé-

(1) Caen, 14 mai 1862, D. 62. 2. 209.

ter en usufruit sur les immeubles ce qui manque en propriété dans les meubles, de manière que le donataire obtient, tant en propriété qu'en usufruit, tout en respectant les intentions du disposant, la moitié de toute la succession, conformément à l'art. 922 qui veut que le disponible se calcule sur l'ensemble du patrimoine. « Ce huitième supplémentaire en usufruit sur « les immeubles, fait remarquer M. Feuguerolles (1), « doit d'autant plus être concédé que l'auteur de la « disposition aurait pu donner ce même huitième en « pleine propriété. » Nous adoptons, en conséquence, ce dernier système.

La Cour de Caen a jugé le cas où la valeur du mobilier est inférieure au quart de la succession. *Quid*, si cette valeur est supérieure au quart ?

Il est certain, tout d'abord, qu'il faudrait opérer le retranchement de l'excédant ; mais l'usufruit de l'autre quart devrait-il porter d'abord sur la portion du mobilier retranchée et subsidiairement sur les immeubles, ou d'abord sur les immeubles ?

Nous répondons par le raisonnement suivant :

Les immeubles ont été attribués en usufruit par la volonté du *de cujus*. La portion retranchée du mobilier donné en pleine propriété ne peut supporter qu'un droit d'usufruit de par la volonté de la loi, meubles et immeubles seront mis sur le même pied et le donataire prendra son quart en usufruit sur le mobilier retranché et sur les immeubles, proportionnellement à leur valeur

(1) Feug. Observ. sur l'arrêt précité, loc. cit.

respective. Si le mobilier retranché représente, par hypothèse, un quart de la succession et les immeubles la moitié, cet usufruit reposera pour deux tiers sur les immeubles, et pour un tiers sur les meubles.

Nous ne faisons pas deux masses de biens ; ils sont tous traités de la même façon et il n'est sorti, en définitive, du patrimoine entier qu'un quart en propriété et un quart en usufruit.

SECTION II

De la Réduction dans le cas de l'art. 1098.

PARAGRAPHE I. — *Quelles libéralités sont réductibles ?*

La restriction apportée par l'art. 1098 à la liberté de disposer au profit du nouvel époux, s'étend à toute espèce d'avantages ou de libéralités, non seulement aux donations faites par contrat de mariage, mais encore à celles réalisées pendant le mariage et aux legs que le disposant pourrait faire en faveur de son nouvel époux.

Si le veuf ou la veuve avec enfants a fait des donations à son futur conjoint avant le mariage et en dehors du contrat de mariage, ces donations tombent-elles sous la prohibition de l'art. 1098 ?

Dans l'ancien droit, Pothier disait que lorsque une veuve fait une donation à un homme qu'elle épouse ensuite, on doit facilement présumer que la donation a été faite en considération du nouveau mariage, quoique l'acte ne fasse aucune mention du mariage. Cette libéralité est, en conséquence, sujette à réduction, sans cela,

dit le jurisconsulte, il y aurait une voie ouverte pour éluder l'Edit des secondes noces. — Pothier ajoute cette restriction que si les circonstances démontrent que la donation n'a pas été faite en vue du second mariage, il n'y a plus lieu d'appliquer l'Edit (1).

Les principes sont aujourd'hui les mêmes, et il y a là une question de fait soumise à l'appréciation des tribunaux. La charge de la preuve incombera aux enfants du premier lit demandeurs en réduction, car la mauvaise foi et la fraude ne se présument pas. Ils devront l'établir et ils le pourront par tous les moyens (2).

Sont également soumises à la réduction en vertu de l'art. 1098 les libéralités réciproques, les donations rémunératoires et les donations onéreuses ; ces deux dernières espèces dans la mesure seulement de la libéralité qu'elles renferment, si les services ou les charges sont appréciables en argent (3).

La même restriction s'applique, non seulement aux libéralités directes, mais aussi aux avantages indirects résultant, par exemple, de la renonciation par le veuf ou la veuve avec enfants à une succession ou à un legs qu'il était appelé à recueillir de préférence à son nouvel époux, ou conjointement avec lui.

Il y a des avantages indirects qui, en thèse générale, ne sont pas considérés comme des libéralités ; ce sont ceux qui peuvent résulter pour l'époux de ses conventions matrimoniales. D'ordinaire, ces avantages parti-

(1) Traité du contrat de mariage, n° 548.
(2) Aubry et Rau t. VII § 690 p. 237, texte et note 8. — Demol. op. cit. n° 574. — Laurent, t. XV. n° 395.
(3) Pothier, op. cit. n° 544. 545.

cipent du caractère à titre onéreux de la convention qui les a fait naître. Dans les rapports du veuf ou de la veuve ayant enfants avec son nouveau conjoint, ils revêtent, au contraire, le caractère de libéralité, et cela, afin de protéger plus énergiquement la réserve des enfants du premier lit, qui est, en effet, presque toujours très menacée.

Donc, toute convention matrimoniale qui aura pour résultat de faire que le nouvel époux profite d'une portion des biens de l'autre, doit être considérée comme un avantage imputable sur la quotité disponible de l'art. 1098, et il en est ainsi alors même que ce résultat n'a pas été intentionnel.

L'intérêt des enfants du premier lit est sacré ; la loi doit leur donner toute sa protection.

Ces règles rigoureuses sont traditionnelles : « *Ri-* « *gidissima in portionem filialem imputatio fit*, « *veluti Jocalium, doni matutini, doarii et simi-* « *lium* » (1).

Que l'avantage provienne de l'absence de contrat de mariage ou de l'adoption d'une communauté spéciale, peu importe. L'art. 1496 du Code Civ., en prévoyant expressément l'avantage qui peut résulter de la confusion du mobilier et des dettes, ne fait que déduire une conséquence du principe général.

Et la disposition de l'art. 1527 est plus formelle encore :

« .... Néanmoins, dans le cas où il y aurait des en-

(1) Voët. *De ritu nuptiarum*, n° 120.

« fants d'un précédent mariage, toute convention qui « tendrait *dans ses effets* à donner à l'un des époux au- « delà de la portion réglée par l'art. 1098..... sera « sans effet pour tout l'excédant de cette portion ; mais « les simples bénéfices résultant des travaux communs « et des économies faites sur les revenus respectifs, « quoique inégaux des deux époux, ne sont pas consi- « dérés comme un avantage fait au préjudice des en- « fants du premier lit. »

Dans ses effets, dit l'art. 1527, c'est le résultat qu'on envisage dans tous les cas. L'exception contenue dans la fin de l'article est traditionnelle (1) ; elle se justifie d'elle-même.

La stipulation pure et simple d'une communauté d'acquêts exceptée, il n'est pas de convention matrimoniale sous le régime de communauté conventionnelle, qui ne soit susceptible de donner ouverture à l'action en retranchement. Il en est ainsi de la convention d'ameublissement, de l'attribution au nouvel époux d'une part plus forte que la moitié de la communauté, de la clause de réalisation, du préciput conventionnel, du forfait de communauté, etc....

La règle s'applique également, avons-nous dit, à la communauté légale. Dans l'ancien droit, la question avait été controversée. Le doute naissait de ce que le conjoint paraissait tenir l'avantage, non d'une convention, mais de la loi. Donc, prétendait-on, cet avantage n'est pas sujet à la réduction de l'édit.

(1) Pothier, Op. cit. n° 551.

L'opinion contraire avait cependant prévalu parce que, ainsi que le fait remarquer Pothier (1) à propos de meubles apportés et tombés en quantité inégale dans la communauté, la communauté légale est, au fond, l'œuvre du consentement des parties.

Le jurisconsulte d'Orléans décide autrement (2) quand il s'agit de successions mobilières tombées dans la communauté et dont le nouveau conjoint profite et cela à raison de l'incertitude que présente la dévolution des successions.

Cette distinction est inadmissible aujourd'hui. L'intention importe peu, le fait passe avant tout.

D'où qu'il provienne, l'avantage, dès qu'il est constaté, doit subir le retranchement (art. 1098, 1496 et 1527).

Paragraphe II. — *Qui peut agir en réduction.* — C'est l'intérêt des enfants du premier lit qui provoque la sollicitude du législateur ; c'est à leur égard que les donations faites au nouveau conjoint sont réduites aux limites de l'art. 1098 ; c'est à eux que l'art. 1496 donne l'action en retranchement. Mais pour agir en réduction, ils sont obligés d'accepter la succession.

Nous croyons avoir établi suffisamment ce point dans notre 2e chapitre ; nous n'y reviendrons pas.

Supposons que les enfants du premier lit intentent l'action et obtiennent la réduction. Les enfants du second lit en profiteront-ils ?

(1) Op, cit. n° 551.
(2) Op. cit., n° 553.

Dans notre ancien droit, les pays de droit écrit, suivant en cela les règles de la nov. 22, cap. 7, qui avait abrogé la loi 9 au C. de sec. nupt., donnaient aux seuls enfants du premier lit le bénéfice de la réduction.

Les pays de droit coutumier, au contraire, s'étaient conformés à la loi 9 « préférablement (2) à la Nov. 22 ».

« Cette jurisprudence, ajoute Pothier, est fondée en « une très grande équité ; les biens qui sont retranchés « de la donation faite au second mari étant les biens de « la mère commune, tous les enfants, de quelque ma- « riage qu'ils soient nés étant autant à leur mère les uns « que les autres, ils y doivent avoir un droit égal. »

Les rédacteurs du Code se sont plus particulièrement inspirés, en matière de disponibilité, des pratiques des pays de coutumes ; l'art. 745 suffit, du reste, à lever tous les doutes. La loi y proclame l'égalité parfaite de tous les enfants d'un même père ou d'une même mère. Cette égalité ne serait-elle pas méconnue si les enfants du premier lit ne rapportaient pas à la succession de l'auteur commun, pour y être partagés entre tous les enfants, les biens retranchés d'une libéralité excessive sur leur demande ?

Nous concluons donc, avec la presque unanimité de la doctrine et la jurisprudence, que l'enfant du second lit profite de la réduction obtenue sur la demande des enfants du premier lit.

Mais les enfants du second lit seraient-ils recevables à exercer eux-mêmes l'action en réduction pour leur part,

(2) Op. cit., nº 567.

si ceux du premier lit, ayant accepté la succession, négligeaient d'agir?

Nous décidons l'affirmative. Telle était déjà l'ancienne jurisprudence, et notre Code, nous l'avons constaté, a consacré la tradition coutumière.

Cela se justifie, du reste, en raison. Si le bénéfice de l'action en réduction tombe dans la succession c'est que l'action elle-même est dans la succession; quiconque a un droit, doit avoir les moyens de le réaliser.

Ce qui est vrai, c'est que l'action ne peut être ouverte que dans la personne des enfants du premier lit, mais, une fois ouverte, tous les intéressés peuvent la mettre en mouvement.

Pothier rappelle avec beaucoup d'à propos, à ce sujet, la maxime romaine : « *Non est novum in jure ut quod* « *quis ex persona sua non haberet, ex persona al-* « *terius habeat* (l. 3 § 11 D. *de bon. poss. cont. tab.* 37-4). (1)

L'opinion contraire, pourrait du reste, donner lieu à des collusions entre les enfants du premier lit et le nouvel époux au détriment des enfants du second lit. (2)

L'époux lui-même, de qui procède l'avantage, devrait-il être admis à en demander la réduction ?

Non, puisque l'action en réduction ne s'ouvre qu'à son décès (art. 920) et qu'elle n'est accordée, qu'aux enfants du premier lit (art. 1496).

En 1824, la Cour de Bordeaux, par arrêt du 5 juillet, a pourtant concédé l'action à l'époux donateur, mais cet

(1) Op. cit. n° 567.
(2) Demol. op. cit. n° 602.

arrêt est resté isolé. M. Troplong, en le rapportant, l'apprécie de la façon suivante : « L'arrêt cite beaucoup de « textes; il n'y en a qu'un qu'il omet, c'est l'art. 1496, et « c'est précisement celui-là qui est décisif et qui con- « damne son système. » (1)

L'action en réduction une fois ouverte est, bien entendu, transmissible aux héritiers des enfants réservataires dans les termes du droit commun.

Dans l'hypothèse où au lieu d'être gratifié d'une part d'enfant, l'époux donataire a reçu une valeur certaine qui au décès du donateur, est reconnue sujette à réduction, profitera-t-il du retranchement opéré sur sa donation ? Nous adoptons l'affirmative sans hèsiter.

L'ancien droit, nous avons eu déjà l'occasion de l'indiquer, était divisé sur cette question et des jurisconsultes comme Pothier et Ricard se prononçaient pour la négative se basant sur les termes de la loi *Hac Edictali* et de la nov. 22 cap. 27 où il est dit : « *Quod plus est in eo* « *quod relictum aut datum est aut novercæ, aut vi-* « *trico... competit filiis et inter eos solos ex æquo dividitur.* »

Renusson était pour l'affirmative (2)

Sous l'empire du Code, il faut, avant de s'inspirer de la tradition, respecter les textes et les principes établis en matière de quotité disponible et de réserve.

Or, il nous parait que l'opinion qui refuse d'admettre le second époux au partage de la portion retranchée, fait

(1) Troplong. *Contrat de mariage* t. III n° 2220.
(2) *Traité de la commun.* p. 4, C. 3 n° 67 précité.

en se fondant sur l'art. 921, une fausse application de ce texte.

Voici l'espèce proposée par M. Troplong, partisan de ce dernier système : Titius remarié en secondes noces a laissé 4 enfants d'un premier mariage ; il institue sa femme son héritière universelle par contrat de mariage et décédé ayant 80,000 francs de biens.

La réserve est de 60,000 fr., soit 15,000 fr. par tête. La femme aura droit à une part d'enfant, soit 15,000 fr., et les 5,000 fr. restant seront partagés entre les enfants seuls, en vertu de l'art. 921 ; de telle sorte que, dans ce système, l'époux reçoit moins parce qu'il est donataire de la totalité des biens que s'il avait bénéficié d'une simple part d'enfant, auquel cas, de l'aveu de M. Troplong lui-même, il aurait droit à 16,000 fr.

Nous soutenons que, dans les deux cas, l'époux doit recevoir 16,000 fr. En effet, le nouvel époux n'a pas, le moins du monde, besoin de profiter de la réduction pour obtenir ce chiffre de 16,000 fr.

Il prétendra tout simplement qu'il n'y a pas lieu à réduction au-delà de la partd'enfant qu'il peut recevoir, soit 16000 fr.; il se défendra contre une réduction excessive.

C'est l'application nécessaire du principe d'après lequel le donataire attaqué en réduction est toujours fondé à se défendre en soutenant, soit que la réduction dirigée contre lui ne doit pas l'atteindre du tout, soit qu'elle doit être restreinte dans de plus étroites limites. « C'est en « vertu d'un principe semblable que le nouvel époux est « fondé à demander la réunion fictive des biens qui ont

« été donnés aux enfants par avancement d'hoirie, sans « qu'on puisse lui objecter l'art. 857. (1)

Le système de M. Troplong viole, en outre, les art. 922 et 1098. L'art. 922 exige que ce soit sur tous les biens, biens existants et biens donnés, que le disponible se calcule. Or, ce système n'opère le calcul que sur une partie des biens. Il n'est pas moins évident que l'époux pouvait recevoir une part d'enfant le moins prenant (art. 1098) ; il obtient moins que cette part.

Pour expliquer ces résultats, M. Troplong prétend que « l'époux (donateur) a contrevenu à la loi en donnant « plus qu'une part d'enfant (et que) son conjoint qui « doit être considéré comme complice de cette contra- « vention doit en être puni ; et cette peine est le retran- « chement de l'excédent pour en faire tourner le profit « exclusif aux enfants. (2)

En fait, cette raison serait dépourvue de toute valeur au cas où la donation faite au nouvel époux aurait eu pour objet un corps certain. Cette donation, supérieure à une part d'enfant au jour du décès, y était peut-être sensiblement inférieure au jour de la disposition : dès lors pas de contravention possible, pas de complicité, pas de peine.

En droit, une seule action est accordée contre les donations excessives : c'est l'action en réduction, et il est absolument arbitraire de prétendre infliger une peine à l'époux donataire et de le priver d'une partie de sa donation, non sujette à réduction.

(1) Demol. op. cit. n° 600.
(2) D et t. IV n° 2707.

L'art. 1094, nous l'avons vu en son temps, s'occupe des dispositions en propriété et des dispositions en usufruit ; l'art. 1098 ne parle que des dispositions en propriété.

Que décider, si le donateur a fait en faveur de son nouveau conjoint des dispositions en usufruit ?

Si la libéralité ne dépasse pas l'usufruit d'une part d'enfant, et que cette part d'enfant n'excède pas le quart, pas de difficulté ; mais au-delà ?

Il faudra rechercher l'intention du donateur d'après les termes de l'acte et autres circonstances, pour voir s'il a voulu donner seulement l'usufruit d'une part d'enfant on s'il a entendu donner toute la valeur de la part d'enfant mais en usufruit.

La question de fait dominera toujours, et cela peut expliquer la diversité des décisions judiciaires intervenues sur ce point.

Mais, supposons qu'il soit reconnu que le *de cujus* a voulu donner tout son disponible, mais en usufruit et que la libéralité porte atteinte à la réserve.

Le disposant a, par exemple, légué l'usufruit des deux tiers de ses biens à son nouveau conjoint. Quelle est la portion qu'il a donnée en trop ? Comment la déterminer? Sur quelles bases opérer ?

Dira-t-on, avec la loi du 22 frimaire an VII, que l'usufruit vaut la moitié de la propriété entière et que, par conséquent, le plus qui puisse être donné est l'usufruit de la moitié des biens, et ce d'autant mieux que telle est la disposition de l'art. 1094 (1) ?

(1) Trib. de Ruffec, 27 mars 1855. S. 55. 2. 544.

Décidera-t-on, au contraire, que l'usufruit doit être évalué, par rapport à la pleine propriété, eu égard à l'âge et à l'état de santé de l'usufruitier?

Appliquera-t-on enfin l'art. 917 à la quotité disponible de l'art. 1098 ?

Toutes ces solutions ont été proposées. Laquelle adopterons-nous ?

La grande majorité des auteurs, soutenus par une jurisprudence imposante, décident que l'art. 917 est applicable à la quotité disponible de l'art. 1098, et cela parce que ce dernier art. n'établit pas un disponible en usufruit différent de celui de l'art. 913.

C'est donc sur le disponible ordinaire que le nouvel époux doit être gratifié et dès lors, on doit, pour la composition de la masse et le calcul du disponible, appliquer le droit commun, et par conséquent l'art. 917.

Ils ajoutent que s'ils ont enseigné que l'art. 917 était inapplicable au cas de l'art. 1094, c'est que, dans ce dernier texte, la loi détermine elle-même le disponible en usufruit et que la difficulté, à laquelle l'art. 917 est venu pourvoir, ne peut pas se présenter (1). Nous le croyons, en effet, ainsi. Cependant, cela nous paraît quelque peu compromettant pour le système que nous avons soutenu en étudiant l'art. 1094 : à savoir que notre chapitre était spécial et complet, et n'avait pas besoin de vivre d'emprunts faits au droit commun des donations.

(1) Aubry et Rau t. VII, § 684 bis p. 199 — Demol Don. et texte Aub. t. II n° 462 — Laurent t. XV n° 402. Cass. 1er juillet 1873. S. 74. 1. 17. — Liège 15 juillet 1887, Pascr. belge 1887 2. 379.

Si nous adoptons néanmoins l'opinion générale, c'est par les motifs suivants : Nous avons vu que dans le projet Jacqueminot, l'art. 176, aujourd'hui art. 1098, ne permettait que les dispositions en usufruit et nullement les dispositions en propriété ; par conséquent, le législateur ne pouvait songer à l'application de l'art. 917. Mais un changement est survenu, et, avec lui, cette conséquence inévitable qui suit toujours ces prétendus amendements : c'est que la nouvelle rédaction n'a plus été en rapport avec l'idée première des rédacteurs de l'article.

Avec la première rédaction, le chapitre était réellement complet ; les dispositions en usufruit prévues aussi bien par l'art. 1098 que par l'art. 1094, mais après l'adoption de l'amendement Cambacérès, le législateur n'a pas pris garde qu'il laissait une question dans l'oubli: celle qui concernait les dispositions en usufruit, en cas de secondes noces.

La conséquence, c'est que pour combler cette lacune, il faut s'inspirer des intentions du législateur et faire ce qu'il aurait fait lui-même, alors surtout que ces idées sont justes et d'une pratique facile. Or, il est évident que les raisons qui ont fait édicter l'art. 917, en ce qui concerne les donations en général, ont encore plus de force si possible, quand il s'agit de donations faites en vertu de l'art. 1098. Par suite, le mieux est d'appliquer l'art. 917 à la quotité disponible de l'art. 1098 et de décider que, lorsque une libéralité en usufruit aura été faite à un second époux, les héritiers réservataires auront le choix, ou d'exécuter la libéralité dans

ses termes, ou de la faire réduire en propriété à une part d'enfant avec le quart comme maximum.

Que si l'on nous reproche de fausser ainsi la volonté du donateur en faisant sortir, par cette transformation d'un usufruit en propriété, ses biens de la famille à laquelle il avait voulu les conserver, nous répondons avec la Cour de Gand « que cette objection fait le pro-
« cès à la loi, car l'inconvénient que l'on signale est le
« même dans tous les cas où le donateur a disposé en
« usufruit, puisque, dans tous les cas, la volonté du
« disposant est modifiée. Cela n'a pas empêché le lé-
« gislateur de donner l'option aux héritiers réservatai-
« res ; il y a un plus grand intérêt que celui de modifier
« la volonté du donateur, c'est de prévenir des procès
« dont la décision est nécessairement aléatoire (1) ».

CHAPITRE IV

Des précautions prises par la loi pour faire respecter les règles du disponible entre époux

Les limites apportées à la faculté de disposer à titre gratuit entre époux sont fort gênantes parfois, et il était facile de prévoir que les intéressés s'ingénieraient de mille manières à les enfreindre.

Aussi, le législateur après avoir sanctionné par l'action en réduction qu'il accorde aux réservataires les

(1) Gand, 11 décembre 1869. Pasice. belge 1869. 2. 127.

règles sur la quotité disponible, a-t-il cru devoir, pour assurer plus énergiquement le respect de ses prescriptions, réprimer d'une façon sévère certaines combinaisons au moyen desquelles les époux pouvaient être tentés de s'avantager au-delà des bornes permises. C'est l'objet des art. 1099 et 1100.

L'art. 1099 est ainsi conçu : « Les époux ne pour-« ront se donner indirectement au-delà de ce qui leur « est permis par les dispositions ci-dessus.

« Toute donation, ou déguisée, ou faite à person-« nes interposées, sera nulle ».

L'art. 1100 établit certaines présomptions légales d'interposition de personnes en ces termes :

« Seront réputées faites à personnes interposées les « donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un « des enfants de l'autre époux, issus d'un autre mariage, « et celles faites par le donateur aux parents dont « l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la « donation, encore que ce dernier n'ait point survécu « à son parent donataire. »

L'impression qui se dégage, à la première lecture de l'art. 1099, c'est qu'il distingue nettement deux sortes d'avantages et qu'il édicte aussi deux sortes de répressions : l'une pour les donations indirectes, l'autre pour les donations déguisées ou faites à personnes interposées. Cette impression est exacte, ainsi que nous l'établirons bientôt, mais avant d'aborder l'explication de l'art. 1099 et l'examen des controverses qu'il a fait naître, précisons d'abord ce qu'on entend, dans le langage juridique, par donation indirecte et par donation dé-

guisée (l'interposition de personnes n'étant qu'une des mille formes de la donation déguisée).

La donation indirecte est celle « qui résulte d'un acte « juridique, autre qu'une donation proprement dite, « mais qui est vraiment ce qu'il paraît être (1). »

Ainsi, pour prendre des exemples, un légataire renonce à son legs pour que l'héritier en bénéficie ; un cohéritier renonce à la succession pour que sa part accroisse à son cohéritier ; un vendeur, dans le but d'avantager l'acheteur, consent à aliéner sa chose à un prix inférieur à sa valeur réelle, voilà tout autant de donations indirectes réalisées ostensiblement par des actes qui sont réellement ce que leur étiquette porte : une renonciation ou une vente.

Ainsi, encore, le régime matrimonial auquel sont soumis les époux, quand l'un d'eux a des enfants d'un premier mariage, peut être la source d'avantages indirects très importants.

Pour tous les actes qui, rentrant dans les termes de la définition ci-dessus, constituent des donations indirectes, l'art. 1099 se borne à appliquer la règle du droit commun : la libéralité indirecte sera entièrement valable, si elle n'excède pas les limites du disponible ; elle sera seulement sujette à réduction, si elle les dépasse.

La donation déguisée, qui est à la donation indirecte ce que l'espèce est au genre, est celle qui résulte d'un acte dont l'apparence ne répond pas à la réalité des faits : *Aliud scriptum, aliud gestum.*

Primus vend un immeuble à Secundus pour un prix

(1) Baudry Lacantinerie t. II, n° 467.

exact, mais il donne quittance sans l'avoir reçu. L'acte intervenu paraît être une vente. Cette apparence est mensongère. Les parties ont voulu faire, elles ont fait une donation ; seulement, elles ont dissimulé la réalité sous un vêtement trompeur. Nous sommes en présence d'une donation déguisée.

Primus fait une donation directe et régulière à Secundus qu'il a chargé par un pacte secret de transmettre le bénéfice de la libéralité à Tertius, véritable gratifié : Nous sommes en présence d'une donation déguisée sous une interposition de personne.

Un mari reconnaît dans son contrat de mariage avoir reçu une dot de 50,000 fr., alors que sa femme ne lui a rien apporté : C'est une libéralité déguisée. Le mari s'est reconnu débiteur d'une dot qu'il n'a pas reçue : C'est une simulation.

L'art. 1099 al. 2, prévoit tous ces déguisements pour les donations entre époux, et il prononce la nullité de toute donation entachée de l'un ou l'autre de ces vices. Les donations, déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, intervenues entre des personnes autres que des époux, sont reconnues valables par une jurisprudence constante (1) approuvée par une partie de la doctrine (2).

Les auteurs dissidents font remarquer, avec quelque raison, que ce système réduit à néant la règle de la solennité des donations et qu'il est inacceptable (3).

(1) Cass. 29 mai 1889 — S. 89. 1. 471.
(2) Aubry et Ran t. VII § 659 texte et note 24 — Troplong D et t. III n° 1082.
(3) Demol. D. et texte t. III, n°s 99 et suiv. Baudry. Lac. t. II, n° 467.

Quoi qu'il en soit, nous avons un texte spécial (art. 1099, al. 2) pour les donations entre époux déguisées ou faites par personnes interposées.

Ce texte paraît formel. Il s'en faut, cependant, que les interprètes soient d'accord sur le sens et la portée de cette disposition.

Nous fixerons dans une première section le sens exact de l'art. 1099, al. 2 ; puis, dans une deuxième section, la portée d'application de ce texte et nous étudierons enfin dans la troisième section, l'art. 1100 et les présomptions d'interposition de personnes qu'il édicte.

SECTION I

Sens exact de l'art. 1099, al. 2.

Quel doit être le sort d'une libéralité faite par l'un des époux à l'autre, soit sous le voile mensonger d'un contrat à titre onéreux, soit à l'aide d'une interposition de personnes?

Quatre opinions sont en présence :

La première opinion soutient que l'al. 2 de l'art. 1099 n'est que l'application aux donations déguisées ou faites par personnes interposées de la règle contenue dans l'al. 1. Ces donations seraient donc simplement réductibles (1).

Les partisans de cette opinion invoquent les considérations suivantes :

1° Dans le langage du Code, les expressions : donation indirecte, donation déguisée représentent une idée commune.

(1) Duranton IX — 831 — Coin Delisle, art. 1099 n° 14 à 26. Lyon 18 novembre 1862. — S. 62. 2 51. — Grenoble 21 mars 1870. — S. 70. 2. 240.

La preuve en est dans l'art. 843 qui dispose que le rapport est dû pour les dons reçus directement ou indirectement, ce dernier terme comprenant évidemment les donations déguisées. Il serait, du reste, impossible de trouver un cas de libéralité indirecte qui ne soit pas fait par interposition de personnes ou par simulation d'un acte onéreux. En somme, le second alinéa de l'art. 1099 n'est que le développement et l'explication du premier.

2° Dans l'art. 911, la loi a également frappé de nullité toutes dispositions au profit d'un incapable, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat à titre onéreux, soit qu'on la fasse par personnes interposées.

Cependant, tout le monde admet que si un père fait à son enfant naturel une donation au-delà des limites légales (art. 908) cette donation sera seulement réductible et non pas nulle.

3° L'art. 918 ne soumet qu'à la réduction certaines donations déguisées.

4° L'édit des secondes noces ne faisait aucune distinction entre les donations indirectes et les donations déguisées ; dans tous les cas, il n'y avait lieu qu'à la réduction de la libéralité excessive.

Ces arguments se réfutent par les raisons suivantes :

1° Que dans l'art. 843, le mot « donations indirectes » englobe les donations déguisées, cela s'explique aisément.

Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, les donations déguisées ne sont qu'une espèce du genre des donations indirectes. Telle disposition générale faite pour

les donations indirectes, s'appliquera également aux donations déguisées ; le rapport, par exemple.

Mais quand il y a lieu de distinguer, la loi ne manque pas de le faire (art. 847-849). Il en est de même dans l'art. 1099 où il y a, entre les deux alinéas, une antithèse évidente.

Il est, du reste, absolument impossible d'admettre que le deuxième alinéa de l'art. 1099 ne soit que le développement du premier. Remarquons, en effet, que si ce n'est pas pour établir une différence entre les libéralités ostensibles, quoique indirectes et les libéralités déguisées que le législateur a écrit l'art. 1099, ce texte devient complètement inutile, car il était bien certain, sans que la loi eût à s'expliquer quant à ce, que les libéralités indirectes seraient réductibles comme les donations directes, dès qu'elles excèderaient la quotité disponible. Et non seulement ce texte serait inutile, mais encore la rédaction du deuxième alinéa serait incorrecte et vicieuse, puisque le législateur aurait qualifié de nulle une libéralité qu'il entendait dire être réductible.

Cela serait d'autant plus surprenant que jamais, pour indiquer des cas de réduction, le législateur n'a employé les mots nulle, nullité (art, 920 à 930, 1496, 1527-1595). En définitive, l'art. 1099 n'a aucune raison d'être dans ce premier système. Il faut l'effacer. Cette conclusion est inadmissible. Mais on insiste en disant que les libéralités indirectes sont toujours faites sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux ou par personnes interposées. C'est là une erreur. Nous avons, au début de ce chapitre, donné plusieurs exemples de donations

indirectes qui ne sont ni déguisées ni faites par personnes interposées. Les libéralités indirectes prévues par les art. 1496, 1527 et 1595 sont-elles déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, ou faites par personnes interposées ?

2e L'argument tiré de l'art. 911 n'est pas plus concluant, car, dans la limite où l'enfant naturel peut être avantagé, il n'est pas incapable, et la nullité n'est prononcée que contre l'incapable. Ici, la donation déguisée ou faite par interposition est déclarée nulle en tant qu'elle s'adresse à l'époux, et il est clair que s'il y a des limites, des degrés, du plus ou du moins dans l'incapacité, il n'y en a pas dans la qualité de l'époux. (1)

L'art. 911, du reste, n'a trait qu'aux dispositions faites au profit d'incapables (art. 906, 907, 909, 910) ; ce n'est que par extension qu'on applique à une question d'indisponibilité de bien, de réductibilité (art. 908).

Le mot « nullité » est, pour tous les incapables, pris dans son véritable sens par l'art 911 ; pourquoi voudrait-on, dans l'art. 1099, le rendre synonyme du mot « réductibilité » ?

3e L'art 918 ne soumet, dit-on, qu'à la réduction certaines libéralités déguisées. Mais qui ne voit que l'abus de ces libéralités est moins à craindre entre ascendants et descendants qu'entre époux ?

On peut ajouter que la libéralité déguisée entre ascendants et descendants ne peut faire échec qu'aux règles de la réduction, tandis que la libéralité déguisée entre époux

(1) Marcadé t. IV n° 357.

peut échapper, en outre, à la règle de la révocabilité et cela suffit à expliquer la rigueur des textes.

4e L'Edit des secondes noces (premier chef) ne faisait aucune distinction de ce genre, il se peut, mais la tradition n'a pas sur ce point, l'unanimité, ni surtout l'autorité voulus.

Roussilhe (1) prévoyant précisément l'espèce où le mari reconnait avoir reçu de sa femme l'apport d'une somme qu'elle ne lui pas donnée, se demande si cette reconnaissance ne peut pas valoir jusqu'à concurrence d'une part d'enfant, et il répond : « Je ne le pense pas, puis- « que c'est le cas de dire : *Non fecit quod potuit ; fe-* « *cit quod non potuit.* »

Les auteurs les plus estimables observent aussi que Pothier (2) faisait également la distinction entre les donations déguisées et les donations indirectes entre époux.

L'argument tiré du passage de cet auteur, où il rapporte la loi 5 § 5 de *don. int*, D. L. XXIV tit. I, nous paraît peu probant. Pothier a surtout pour but d'indiquer que les Romains ne défendaient pas aux époux de faire ensemble pendant le mariage tous les contrats qu'ils jugeaient à propos de faire, tandis que le droit de son temps ne laissait pas aux époux pareille latitude. A ce propos, il rapporte et commente la loi 5 § 5. Si l'explication que nous avons donnée de ce texte, en étudiant les donations indirectes en droit romain, est exacte, on ne

(1) *Traité de la Dot.* t. II n° 539.
(2) *Traite des Donat.* entre mari et femme. n° 78.

peut en tirer aucun argument concluant pour notre sujet actuel.

Ce qui prouverait, au surplus, que Pothier ne faisait pas entre les donations indirectes et les donations déguisées entre époux la même distinction que l'art. 1099, c'est que, quelques lignes plus bas, (1) il cite précisément, comme avantage indirect, l'acte par lequel un mari reconnait avoir reçu de sa femme plus qu'elle n'a effectivement apporté.

Déjà, en droit romain, nous avons vu un rescrit d'Alexandre Sévère (l. 2. C, *de dote cauta* 5.15) décider qu'un mari peut valablement pendant le mariage, *donandi animo*, majorer le chiffre de la dot reçue et que, s'il meurt sans avoir révoqué la libéralité, ses héritiers seront tenus de l'exécuter en restituant la dot. Peut-on dire, après cela, que le droit romain traitait les donations déguisées entre époux plus rigoureusement que les donations directes ou indirectes ?

Mais laissons la tradition, Elle ne saurait avoir une influence décisive en l'espèce, car le régime inauguré par le Code pour les donations entre époux se sépare nettement de l'ancien droit où les donations, faites pendant le mariage étaient généralement défendues notamment par les coutumes de Paris et d'Orléans. Dès lors pourquoi le législateur moderne, qui permettait les donations entre époux pendant le mariage, n'aurait-il pas innové et établi une règle sévère, s'appliquant non pas seulement aux seconds mariages, comme l'Edit des se-

(1) op. cit n° 79.

condes noces, mais à tous les époux, ainsi que nous le démontrerons bientôt ?

En voilà assez pour battre en brèche le premier système et le faire repousser.

La deuxième opinion distingue : La libéralité déguisée ou faite à personne interposée sera valable, si elle n'excède pas les limites de la quotité disponible, nulle pour le tout, dans le cas contraire. (1)

On fait observer à l'appui de cette opinion que c'est seulement quand l'avantage dissimulé est excessif que le déguisement prend la couleur d'un piège et fait présumer la fraude. Si la donation n'est pas excessive, qu'importe au législateur que le donateur ait pris une voie déguisée pour réaliser une libéralité qu'il pouvait faire ouvertement, directement ? La forme est alors indifférente et ne saurait l'emporter sur le fonds.

Pour réfuter cette deuxième opinion, il suffit de faire deux remarques :

De quel droit, en premier lieu, distingue-t-on quand le texte est absolu et résiste par lui-même à toute distinction ?

En second lieu, il n'est pas possible de subordonner la validité ou l'invalidité de la donation à ce fait qu'elle excèdera ou non la quotité disponible à l'époque du décès. En effet, entre le moment où le donateur dispose et celui où il décède, sa fortune peut subir des variations considérables et la quotité des biens réservés peut elle même varier suivant la qualité et le nombre des héritiers

(1) Troplong t. IV n° 2744 — Cas. 7 février 1849 — S. 49 1. 165 Liège 4 févr. 1865. Pasicr. belge 1865. 2. 88.

réservataires existant au décès. Le sort de la disposition ne saurait dépendre de circonstances que le donateur n'a pu ni prévoir ni empêcher.

La troisième opinion n'encourt pas ce dernier reproche car elle fait une distinction d'un autre genre.

Elle enseigne que la libéralité déguisée sera nulle pour le tout ou simplement réductible, suivant qu'elle a été, ou non, faite dans le dessein de dépasser la quotité disponible, qu'elle la dépasse ou non en fait (1).

Nous reprochons à ce système, dont nous reconnaissons toutefois la valeur juridique, de distinguer là où le texte est formel. Qui ne voit d'ailleurs les difficultés pratiques que soulèverait la preuve de l'intention frauduleuse du disposant?

Comment démontrer cette intention frauduleuse à moins de poser des présomptions arbitraires?

Ces trois opinions étant écartées, nous sommes en présence de la quatrième, qui, plus rigoureuse, mais aussi plus exacte, prononce la nullité dans tous les cas de la donation déguisée ou faite à personne interposée (2).

Nous avons déjà, par avance, justifié cette opinion en réfutant les systèmes dissidents. Il nous suffira, pour l'établir solidement, d'ajouter un argument de texte et un motif de raison.

1° Le texte de l'art. 1099, al. 2 est très clair. Il porte que les donations entre époux déguisées ou faites par

(1) Aubry et Rau, t. VII, § 690, texte et note 24. — Delvincourt, t. 2, sur l'art. 1098. — Caen, 30 avril 1853. — S. 53. 2, 699.

(2) Demol., op. cit., n° 614. — Baudry Lac., t. II. n° 779. — Marcadé, t. IV, n° 355 et suiv. — Boutry, n° 458 et suiv.

personnes interposées sont nulles ; il ne dit pas qu'elles sont réductibles. Il ne fait aucune distinction. Cela n'est-il pas décisif et n'est-ce pas le cas de rappeler cette règle d'interprétation que les auteurs du Code avaient formulée dans un titre préliminaire : « Quand une loi est claire, il « ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pé- « nétrer l'esprit. »

2° Il est parfaitement rationnel que le législateur ait introduit, en ce qui concerne les donations déguisées entre époux, une règle spéciale plus rigoureuse que celle du droit commun. Les fraudes qui ont pour but d'excéder la quotité disponible sont plus fréquentes, plus faciles, plus commodément réalisables entre époux qu'entre toutes autres personnes.

Les moyens ne sont pas nouveaux : « Vous pouvez « choisir doucement un ami intime de votre femme au- « quel vous donnerez en bonne forme par votre testa- « ment tout ce que vous pouvez et cet ami ensuite lui « rendra tout. Vous pouvez encore contracter un grand « nombre d'obligations non suspectes au profit de divers « créanciers qui prêteront leur nom à votre femme, et, « entre les mains de laquelle ils mettront leur déclaration « que ce qu'ils en ont fait n'a été que pour lui faire plai- « sir. Vous pouvez..... » (1).

Aussi le législateur moderne, en permettant les donations entre époux, a-t il cru devoir, en face d'un danger plus grand, édicter une règle plus sévère et prononcer la nullité des donations déguisées entre époux : « *Lex arc-* « *tius prohibet, quod facilius fieri putat* »

(1) *Malade imaginaire*, acte 1er, scène IX (Molière).

La Cour de Cassation nous paraît avoir traduit très exactement cette idée : « Attendu que si la distinction » établie par l'art. 1099 ne se retrouve plus lorsqu'il « s'agit de donations autres que celles que les époux se « font l'un à l'autre, il en résulte seulement que pour « ce genre particulier de donations, la loi a cru devoir « introduire une règle plus sévère, mais qu'il n'en ré- « sulte nullement que la disposition spéciale et formelle « de la loi ne doive pas recevoir exécution. » (1).

Notre conclusion est donc que la donation entre époux, déguisée ou faite par personne interposée, est nulle et pour le tout, sans qu'il y ait à distinguer si elle est excessive ou si elle est frauduleuse (2).

SECTION II

Portée d'application de l'art. 1099 al. 2.

Quelles sont les donations entre époux qui tombent sous le coup de l'art. 1099 al. 2 ?

On a prétendu que ce texte ne se référait qu'à l'art. 1098 qu'il suit immédiatement et non aux art. 1094 et 1096 (3).

On a argumenté en ce sens : 1° de la proximité de ces textes en ajoutant que l'extrême sévérité de la loi n'avait de raison d'être que pour les secondes noces ; 2° des termes de l'art. 1100 qui répute interposés entre l'é-

(1) Cass., 29 mai 1838.— S. 38, 1, 481.
(2) En ce sens trib. Narbonne, 29 avril 1890. La loi du 1er juin 1890.
(3) Grenier, t. IV, n° 686. — Toullier, t. III, n° 881.

poux donateur et l'autre époux les enfants que ce dernier aurait eus d'un précédent mariage.

Nous croyons, au contraire, avec la grande majorité des auteurs et la jurisprudence que l'art. 1099 sanctionne l'art. 1094 tout autant que l'art. 1098.

Les libéralités entre époux qui n'ont pas d'enfants d'un précédent mariage sont vues avec plus de faveur, c'est vrai, mais il en résulte simplement que le législateur doit permettre, dans ce cas, aux époux, de s'avantager dans une plus large mesure. Il n'y a pas manqué (art. 1094 et 1098 comparés).

Quel que soit le taux des libéralités, on peut redouter les simulations qui rendraient la réserve illusoire et les poursuivre énergiquement. Le texte lui-même suffit, d'ailleurs, à réfuter la première opinion.

L'art. 1099 débute ainsi : « Les époux » ; donc, il s'applique à tous les époux. Si le législateur avait voulu sanctionner seulement l'article précédent, il n'aurait pas manqué d'employer le même langage que dans ce texte : « L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un « autre lit. »

Le texte parle ensuite « des dispositions ci-dessus » et non pas de la disposition qui précède, comme il aurait dû le faire dans le système que nous combattons.

Le deuxième alinéa a évidemment la même généralité que le premier.

Ajouterons-nous que l'art. 1100 suppose le convol non du donateur, mais du donataire et que, dès lors, si l'on admettait l'interprétation restrictive « on arriverait à « ne plus trouver l'interposition présumée par l'art.

« 1100 que dans le cas, assez rare assurément, où les « époux seraient tous deux binubes et ayant des enfants « d'un premier lit. » (1).

Il est donc bien certain que les dispositions de l'art. 1099 comprennent le cas de l'art. 1094 tout aussi bien que celui de l'art. 1098.

S'appliquent-elles également au cas de l'art. 1096?

Qu'on ne dise pas, pour l'affirmative, avec un arrêt de la Cour de Paris (2) que l'article 1099, al. 1, en défendant aux époux de se donner au-delà des bornes permises, leur défend de se donner d'une autre manière, c'est-à-dire de se faire des libéralités irrévocables pendant le mariage. Il est évident que, donner au-delà de ce qui est permis, c'est donner une quotité plus forte que le disponible ; celui qui a fait à son conjoint pendant le mariage, une libéralité restreinte dans la mesure du disponible, mais que les circonstances rendraient irrévocable, celui-là viole la loi en donnant autrement qu'il ne pouvait donner, mais non pas au-delà de ce qu'il pouvait donner (3).

Aussi, sommes-nous étonné de voir M. Demolombe (4) s'approprier l'argument vicieux de la Cour de Paris.

Une raison de décider vraiment sérieuse se puise dans la généralité de l'al. 2 de l'art. 1099.

Mais, sans insister sur la question de savoir si l'art. 1099 sert effectivement de sanction au principe de l'art.

(1) Boutry, n° 463. — Demol., op. cit. n° 607. — Marcadé, art. 1099. n° 3. — Aubry et Rau, t. VII, § 689, note 11.
(2) 14 août 1835. — S. 36' 2, 343.
(3) Marcadé, t. IV, n° 355.
(4) Demol., op. cit., n° 609.

1096, ce qui est en dehors de notre sujet, voyons qui peut invoquer la nullité que l'art. 1099 prononce à l'encontre des libéralités déguisées ou faites par interposition de personnes.

Le premier alinéa du texte suppose que les donations excèdent le disponible ; c'est en faveur des réservataires qu'il établit la réduction des libéralités excessives. Donc, c'est encore dans l'intérêt des réservataires qu'a été écrite la mesure de protection du deuxième alinéa.

Cause de la restriction apportée au droit absolu de disposition du propriétaire, l'intérêt des réservataires en doit être aussi la mesure. — S'il n'y a pas de réservataires, la nullité n'a pas de raison d'être. Aussi refuserions-nous l'action en nullité à toute autre personne et notamment au donateur (au donateur par contrat de mariage seulement, dira-t-on dans l'opinion qui professe que la nullité de l'art. 1099 sanctionne le principe de révocabilité de l'art. 1096) et à ses créanciers, à moins qu'ils n'agissent en vertu de l'art. 1167 (1).

L'action en nullité aboutit à l'anéantissement de la libéralité déguisée ; ce n'est que la juste compensation pour les intéressés des dangers considérables que la dissimulation faisait courir à la réserve.

Il va de soi que la preuve de la simulation ou de l'interposition de personnes devra être faite par le demandeur en nullité ; preuve difficile entre toutes et sous le fardeau de laquelle le réservataire sera bien souvent exposé à succomber.

(1) Riom, 9 août 1843. — S. 44 2. 15. — Nimes, 27 novembre 1882. — Pand. fr. ch. VI, 2, 107. — Troplong, t. IV, n° 2745, 2746. — Laurent, t. XV, n° 414.

Aussi, la loi est-elle venue à son secours en établissant elle-même dans certains cas des présomptions d'interposition. Nous allons les étudier dans notre troisième section.

SECTION III.

Art. 1100 et présomptions d'interposition de personnes qu'il édicte.

Les présomptions d'interposition de personnes établies par l'art. 1100, dont nous avons reproduit le texte en tête de ce chapitre, sont basées sur cette idée qu'il y a des personnes tellement attachées par l'affection, la parenté et l'intérêt à celui que le donateur ne peut gratifier que dans certaines limites, qu'il est impossible de ne pas supposer que ce qui leur est donné est destiné, en réalité, à leur parent lui-même.

Nous pouvons remarquer tout de suite que les présomptions de l'art. 1100 n'admettent pas la preuve contraire, puisque, sur leur fondement, la donation est annulée (*arg. art.* 1352). Ce sont des présomptions *juris et de jure* qui ne pourront être renversées que par l'aveu de celui en faveur duquel la présomption existe, ou par son refus de prêter le serment décisoire, ces deux modes de preuves étant toujours possibles contre les présomptions légales, lorsque (et c'est le cas de l'art. 1100) l'ordre public n'est point en jeu (1). C'est, du moins, le sens généralement attribué aux expressions un peu obscures de l'art. 1352 *in fine* : « sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaire. »

(1) Cass. 13 janv. 1875. S. 75. 1. 244.

Deux classes de personnes sont légalement présumées interposées, aux termes de l'art 1100 :

1° Les enfants ou l'un des enfants de l'époux donataire issus d'un autre mariage ;

2° Les parents dont l'époux donataire était héritier présomptif au jour de la donation.

Paragraphe 1er. — Première classe de personnes interposées — Sous cette expression « les enfants » nous comprenons avec la doctrine et la jurisprudence les petits enfants et les descendants à un degré quelconque.

Les termes mêmes de l'art 1100 prouvent que la présomption ne s'applique pas aux enfants communs : le texte parle des enfants issus d'un autre mariage.

Telle était déjà la doctrine de l'ancien droit (1) et c'est avec raison que notre Code l'a consacrée.

Les libéralités d'un père ou d'une mère à son enfant sont trop conformes aux inspirations de la nature pour que le législateur puisse songer à en soupçonner la sincérité. « Et puis, il faut bien, en vérité, que le père et « la mère puissent faire des donations à leurs enfants « pour les doter, pour les établir. (2)

Nous croyons même que c'est uniquement pour que la présomption légale d'interposition de personne ne pût jamais atteindre les enfants communs que le législateur a employé les mots « enfants issus d'un autre mariage » et nous tirons de là cette conclusion que la présomption, s'appliquera aux enfants naturels et même aux enfants

(1) Pothier. *Des dona. entre mari et femme* n° 112
(2) Demol. op. cit. n° 617.

adoptifs de l'un ou de l'autre conjoint. Les raisons de décider sont les mêmes que pour les enfants d'un premier lit : M. Boutry y voit même un a fortiori. (1)

Paragraphe II. — Deuxième classe de personnes interposées. Cette deuxième classe comprend : « les pa-« rents dont l'autre époux sera héritier présomptif au « jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point « survécu à son parent donataire. »

La loi, remarquons-le sans plus tarder, considère l'état des choses au moment de la donation, sans tenir compte de ce qui pourra arriver par la suite. Il faut, pour que la présomption légale existe, que l'époux du donateur soit héritier présomptif du donataire, au jour de la donation. Donc, nous serions en dehors de la présomption légale dans le cas, par exemple, où un mari ferait une donation à l'aïeul de sa femme, le père de celle-ci vivant encore. Sans doute, si la question d'interposition de personnes était soulevée, les juges du fait pourraient tenir compte de l'indice résultant du rapport de parenté qui existe entre le donataire et l'époux du donateur. La preuve de l'interposition serait plus facile à administrer, peut-être, mais encore faudrait-il la faire.

Que faut-il entendre par ces expressions de l'art. 1100 « Encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire ? On est d'accord pour reconnaître que

(1) Boutry, n° 511. En sens cont. Laurent t. XV n° 409.

cette incidente est employée par la loi dans un sens purement explicatif et que la solution devra être la même si l'époux survit à son parent donataire, mais renonce à sa succession, ou en est exclu comme indigne.

C'est l'intention frauduleuse existant au jour de la donation que la présomption légale a pour but de réprimer et, dès lors, les faits ultérieurs doivent être sans importance aux yeux du législateur.

Doit-on se reporter au jour de la donation pour apprécier la sincérité de la disposition, et voir si elle tombe sous le coup de la présomption légale, seulement pour les donations entre vifs, et s'attacher, pour les legs, à la date du décès du testateur, les testaments n'ayant d'effet qu'à la mort ? Coin Delisle (1) a fait cette distinction ; elle n'a pas trouvé faveur auprès des tribunaux, elle n'a aucun appui dans la doctrine et il ne pouvait guère en être autrement. Distinguer, pour l'application de l'art. 1100, les donations entre-vifs des testaments, c'est perdre de vue que la loi n'a considéré, n'a voulu punir que l'intention frauduleuse qu'avait l'époux donateur, en faisant sa disposition. Cette intention frauduleuse, c'est au jour de la confection du testament, non au jour du décès, qu'il faut la rechercher. D'ailleurs le mot « donation » dans l'art 1100 est évidemment pris dans son sens large, et comprend toutes les dispositions à titre gratuit, les legs comme les donations entre-vifs. La règle est donc la même pour toutes.

Nous sommes d'avis, au surplus, que la présomption légale d'interposition doit être écartée quand il est im-

(1) Sur l'art 1100 n° 9

possible que le donateur ait entendu gratifier son conjoint par l'intermédiaire de la personne que la loi présume interposée. C'est ce qu'a jugé la Cour de Caen, par arrêt du treize novembre 1847 (1) dans une espèce rapportée par M. Troplong, (2) où la libéralité ne pouvait avoir d'effet qu'à la mort du conjoint.

Il s'agissait d'une rente viagère léguée à l'enfant issu d'un premier mariage de la femme du disposant, avec la clause que la rente aurait cours seulement à partir du décès de la femme. Celle-ci n'en pouvait donc profiter, et son enfant ne pouvait être déclaré personne interposée pour lui faire parvenir l'émolument de la libéralité. On le prétendit cependant, mais sans succès. « La loi est raisonnable « dit M. Troplong, (3) on lui faisait dire ici quelque « chose d'absurde. »

Telle est la présomption légale de l'article 1100, mais l'interposition de personnes peut avoir lieu en dehors des cas prévus par ce texte. Ce sera alors une question de fait, rentrant dans les règles du droit commun, et le demandeur, tout en ayant à sa disposition tous les moyens de preuve (*arg. art.* 1353), devra se conformer à la règle : *Actori incumbit probatio.*

(1) D. 49. 1 72.
(2) Don. et test. t. IV n° 2755.
(3) ibid...

DEUXIÈME PARTIE

—

Du concours et de la combinaison de la quotité disponible entre époux avec la quotité disponible ordinaire.

Dans la première partie de ce travail, nous avons étudié la quotité disponible entre époux considérée en elle-même : l'époux donataire ou légataire était seul en présence des réservataires.

Nous devons maintenant élargir notre horizon, supposer que l'époux donateur qui laisse des héritiers à réserve a gratifié non seulement son conjoint, mais aussi d'autres personnes (enfants ou étrangers), ce qui est incontestablement son droit : Nous aurons ainsi en regard de la réserve, tout à la fois la quotité disponible spéciale des art. 1094 et 1098 et la quotité disponible ordinaire des art. 913 et suiv.

L'intervention d'une tierce personne que nous appellerons étranger (art. 1094, al. 1). bien que le plus souvent ce soit un enfant gratifié par préciput, va susciter de nouvelles difficultés et rendre plus laborieux encore le règlement de la succession du donateur.

La première question qui se pose est celle de savoir si l'avantage fait au conjoint aura pu comprendre tout le disponible de l'art. 1094 ou de l'art. 1098 et, en même temps, l'avantage fait à l'étranger tout le disponible des art. 913 et suiv.

En un mot, les deux disponibles ordinaire et spécial peuvent-ils être cumulés?

La doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour rejeter le cumul. Cette solution se justifie par d'excellentes raisons :

Ce cumul, tout d'abord, réduirait la réserve à une fraction insignifiante, dérisoire. Dans le cas où le donateur laisse un enfant commun, par exemple, le réservataire n'aurait plus qu'un quart en nue propriété, et, dans le cas d'ascendants, les deux quotités disponibles réunies dépasseraient la totalité du patrimoine ; non seulement la réserve serait anéantie, mais on aboutirait à l'absurde.

A défaut d'autres motifs, ces constatations seraient suffisantes pour faire rejeter le cumul, mais il est un second argument non moins puissant en faveur de notre thèse : C'est, ainsi que l'a fait remarquer justement M. le président Requier, qu'on ne peut pas donner deux fois la même chose (1). Or, l'art. 1094, al. 1 : « L'époux pourra..... disposer en faveur de l'autre époux, en propriété de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger et, en outre..... » prouve que la quotité disponible ordinaire fait partie de la quotité disponi-

(1) *Revue historique de Dr. fr. et étr.*. 1864, p. 2 et 18.

ble spéciale et qu'elle se confond avec elle jusqu'à due concurrence.

L'exactitude de ce point de vue apparaît mieux encore si l'on se reporte aux travaux préparatoires dont nous avons déjà parlé. Le disponible entre éponx était, dans le projet de l'an VIII, en propriété, le même que le disponible ordinaire, mais l'époux était autorisé à disposer *en outre* au profit de son conjoint de tout ou partie de l'usufruit de la réserve des héritiers.

L'économie générale de ce système a passé dans la théorie du Code et il est vrai de dire aujourd'hui que le quart en propriété de l'art. 1094, c'est encore le disponible ordinaire de l'art. 913 en tout ou en partie (1).

Cela est plus évident encore pour le disponible de l'art. 1098 qui ne se distingue du disponible du droit commun que par le quantum, mais est, comme lui, fixé en propriété seulement.

Sans doute, dans la législation intermédiaire, le cumul était admis, ainsi que cela résulte de la combinaison des lois du 17 nivôse an II, art. 13, 14 et 16, et du 18 pluviôse an V, art. 6 ; mais la quotité disponible ordinaire était alors si minime que ce cumul n'avait rien de bien rigoureux pour les réservataires.

La réserve était suffisamment garantie alors même que le disposant aurait atteint l'extrême limite de son droit en laissant moitié en usufruit à son époux et un dixième ou un sixième en propriété à un étranger.

(1) Demol. *Don. et Test.*, t. VI, n° 509. — Laurent, t. XV, n° 359.

Quoi qu'il en soit, depuis la promulgation du Code aucun doute sérieux ne s'est élevé sur ce point. A peine si l'on peut citer deux décisions de justice qui ont cru devoir admettre ce cumul (1).

Puisque les deux quotités disponibles ne peuvent pas être cumulées, nous devons rechercher comment nous pourrons les combiner l'une avec l'autre, tout en respectant le droit des réservataires. Pour cela, nous étudierons dans un premier chapitre le concours du disponible de l'art. 1094 avec celui du droit commun ; nous consacrerons le deuxième chapitre à la combinaison du disponible ordinaire avec le disponible de l'art. 1098 ; le troisième chapitre à l'étude du concours des deux disponibles spéciaux de l'art. 1094 et de l'art. 1098 ; dans le quatrième et dernier chapitre nous traiterons de la réduction lorsque l'époux donateur a gratifié à la fois son conjoint et un étranger.

CHAPITRE Ier

Concours du disponible de l'article 1094 avec le disponible ordinaire.

Nous entrons dans la partie la plus délicate de notre tâche ; c'est, en effet, sur cette question du concours du disponible de l'art. 1094 avec le disponible du droit commun que se sont élevées les plus graves difficultés et les plus sérieuses controverses.

(1) Agen, 27 août 1810. S. 1811. 2, 112. — Grenoble, 26 mars 1838 et Cass., 21 nov. 1842. S. 42, 1, 897.

Le principe du concours, sauf le dissentiment de M. Laurent (1), est universellement admis, mais les dissidences éclatent dès qu'on en arrive à l'application.

« Ce n'est pas que l'on manque de règles, dit M. De-
« molombe, tout au contraire (2) ! Il y a en présence
« trois règles principales qui se rencontrent partout,
« dans les livres de la doctrine et dans les arrêts de la
« jurisprudence.... »

Voici ces trois règles, telles qu'elles sont ordinairement formulées :

Première règle. — Le montant cumulé des dispositions faites par l'époux, soit en faveur de son époux, soit en faveur d'un étranger ou d'un enfant, ne peut pas excéder la quotité disponible la plus forte.

Seconde règle. — Chaque gratifié, soit l'époux, soit l'étranger ou l'un des enfants ne peut rien recevoir au-delà de la quotité disponible qui lui est particulière.

Troisième règle. — L'étranger ou l'enfant ne peut pas profiter de l'augmentation de la quotité disponible que la loi a établie en faveur de l'époux.

La seconde règle seule a le privilège d'être unanimement acceptée sans constestation. Quant à la première, M. Demolombe lui-même s'exprime ainsi : . . Nous ne voudrions pas l'admettre dans les termes absolus où elle est généralement posée. . . (3). C'est encore sur la troisième rè-

(1) Tome XV, n° 360.
(2) *Don. et Test.*, t. VI, n° 510.
(3) Loco cit.

gle, acceptée en principe par la grande majorité des auteurs et la jurisprudence qu'éclatent les plus vives controverses dès qu'on arrive à l'application.

Pour exposer et résoudre méthodiquement les nombreuses difficultés que soulève le problème du concours il est nécessaire de distinguer deux hypothèses : celle où la quotité disponible entre époux est inférieure au disponible ordinaire, ce sera l'objet de notre 1re section, et celle où la quotité disponible entre époux est supérieure à la quotité disponible ordinaire des art. 913 et 915 ; nous en traiterons dans la deuxième section. Dans une 3e section, nous examinerons l'hypothèse où il est impossible de discerner a priori quelle est la quotité la plus forte, c'est le cas où le disposant laisse deux enfants.

SECTION I.

Le disponible entre époux est inférieur au disponible ordinaire.

C'est le cas où le disposant ne laisse qu'un enfant pour héritier. A un étranger, il a pu donner la moitié de ses biens en propriété ; à son conjoint, il n'a pu laisser qu'un quart en propriété et un quart en usufruit. Rien de plus simple à résoudre que ce premier cas. Du moment que la libéralité faite à l'époux ne dépasse pas les limites de l'art. 1094, que celle faite à l'étranger n'excède pas les limites de l'art. 913 et que réunies elle ne dépassent pas la quotité disponible la plus forte, soit la moitié en propriété, elles devront être maintenues toutes deux. L'ordre des dates des libéralités est sans impor-

tance. En un mot les deux premières règles que nous avons posées suffisent ici à résoudre toutes les difficultés.

Une question peut s'élever cependant. L'époux a fait en faveur de son conjoint une disposition irrévocable qui sans aller au delà du disponible de l'art. 913, excède celui de l'art 1094. Plus tard, il fait à un tiers, par donation ou testament, peu importe, une libéralité qui aurait pu sortir à effet en vertu de l'art. 913 si le conjoint donataire avait été restreint dans les limites du disponible de l'art. 1094.

Il est certain que chacun des donataires ne pouvant recevoir que dans les limites de la quotité disponible qui le concerne, il y a lieu à réduction contre l'époux ; mais le donataire ou légataire postérieur va-t-il lui-même pouvoir exercer l'action en réduction et se faire attribuer l'excédant ?

Précisons notre question par exemple : Titius donne par contrat de mariage à Titia sa femme, dans le cas de survie, la moitié de tous ses biens. Plus tard, le mariage fait naître une fille. Titius réfléchit alors que d'après l'art. 1094, son don ne peut excéder le quart en propriété et le quart en usufruit et que, par conséquent Titia a été gratifiée de quelque chose de plus que ne le permet la loi, en conséquence, il lègue à son frère un quart en nue propriété, devant devenir un quart en toute propriété au décès de Titia.

Telle est l'hypothèse de M. Troplong, (1) et il décide que le legs fait au frère sera efficace et que celui-ci : « s'a-

(1) Don. et test. t. IV n° 2585.

« dressera à la femme et obtiendra au nom de l'art. « 1094, au nom de la liberté du disposant et de sa vo- « lonté expresse que la libéralité dont il a été l'objet « reçoive exécution jusqu'à la plus haute portion dispo- « nible. » En un mot, Troplong accorde au donataire postérieur le droit de former lui-même, directement, la demande en réduction contre l'époux.

Cette doctrine nous paraît se heurter de front à l'art. 921 ainsi conçu : « La réduction des dispositions entre vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, leurs héritiers ou ayants cause : les donataires, les légataires ni les créanciers du défunt ne pourront demander cette réduction ni en profiter. » Or, il est certain que la donation faite à l'époux est seulement réductible, donc les donataires et légataires postérieurs ne peuvent ni demander cette réduction ni en profiter.

« Ce ne serait point là, dit très bien M. Demolombe, (1) « une réduction ; ce serait une révocation. Or cette li- « berté de révocation, ajoute-t-il, nous la refusons abso- « lument à l'époux donateur ; non, l'époux qui a fait « donation de biens présents par contrat de mariage « à son époux ne peut la révoquer d'aucune manière et « si c'est une donation de biens à venir, il ne peut faire « que des dispositions modiques dans les termes de l'art. « 1083. »

Aussi n'acceptons-nous pas la doctrine de M. Troplong dans ses termes absolus.

(1) D. et t. t. VI n° 514.

Dirons-nous, avec M. l'avocat général Blanche, (1) que le débat s'engage ici entre deux disponibles, qu'il est naturel que ceux qui ont seuls droit au disponible le plus large puissent renfermer celui qui ne prétend qu'au disponible plus restreint dans les limites de ce dernier disponible, que l'art. 921 est étranger à la question et que le droit des parties doit se régler par leur intérêt ?

Cela nous paraît bien peu consistant comme doctrine.

Quelle est l'action mise par la loi à la disposition du second donataire pour sanctionner son intérêt ? Voilà ce que l'avocat général oublie de nous dire et pour cause.

Quant à nous, nous croyons fermement que l'art 921 s'oppose à ce que le légataire postérieur puisse obtenir directement du conjoint donataire l'excédant de la première libéralité. Il devra, pour obtenir l'exécution de son legs, en demander la délivrance à l'héritier qui ne pourra s'y refuser, s'il y a pour cela des biens suffisants dans la succession, dût sa réserve en être affectée, sauf au réservataire à agir en réduction contre l'époux pour obtenir le complément de sa réserve.

Le légataire ne demande pas la réduction ; il n'exige pas qu'elle soit faite, ce que l'art. 921 ne lui permettrait pas.

Il fait simplement remarquer, comme le dit très judicieusement Marcadé (2), « que l'héritier peut faire ré-
« duire, s'il le veut et que la donation laisse encore pour
« lui légataire un disponible que l'héritier ne peut pas
« lui refuser. »

(1) Cass. Civ. 4 janv. 1869. D. 69. 1. 10.
(2) Tome IV, n° 371.

SECTION II

Le disponible entre époux est supérieur au disponible ordinaire.

C'est le cas où le disposant laisse trois enfants au moins ou bien seulement des ascendants.

La question du concours des deux disponibles est beaucoup plus délicate quand la quotité disponible entre époux est supérieure au disponible des art. 913 et 915.

Pour l'examiner et la résoudre sous toutes ses faces, nous devons distinguer trois cas :

1° La disposition en faveur de l'époux est postérieure à celle dont bénéficie l'étranger ;

2° Les deux dispositions sont simultanées ;

3° La disposition en faveur de l'époux est antérieure à celle faite au profit de l'étranger.

Mais de quelle importance peut bien être l'ordre chronologique des libéralités sur la fixation et la répartition de la quotité disponible ?

Que l'ordre des dates ait son importance quand il y a lieu, en fait, à réduction et qu'il s'agit, conformément à l'art. 923 de déterminer quelles libéralités la réduction doit atteindre, nous le comprenons sans peine, mais ici nous cherchons simplement quand il y aura lieu à réduire et non pas comment la réduction devra être faite. C'est au décès du donateur (art. 920-922) lors de l'ouverture de sa succession, que se détermine la quotité dont il a pu disposer.

Qu'importe la date des libéralités, si, en fait, il n'a pas excédé son disponible ?

C'est bien là l'opinion que nous soutiendrons, en effet, mais nous verrons tout un système édifié sur l'ordre chronologique des libéralités et donnant des solutions différentes suivant que la donation faite à l'époux précède ou suit la libéralité dont bénéficie l'étranger, parce que, pour ce système, de la date de la libéralité dépend le point de savoir si l'étranger bénéficie ou non de l'augmentation du disponible de l'art. 1094.

Voilà la raison de notre distinction et de la division en trois paragraphes de la présente section.

Paragraphe 1. — *La disposition en faveur de l'époux est postérieure en date à celle dont bénéficie l'étranger.*

C'est l'hypothèse la plus simple.

La première libéralité a-t-elle épuisé le disponible ordinaire, le disposant ne pourra plus rien donner en propriété à son époux (décider autrement serait admettre le cumul) ; mais il pourra lui donner ce supplément d'usufruit qui constitue l'excédent de l'art. 1094.

La première libéralité ne comprend-elle pas tout le disponible ordinaire, le donateur pourra faire bénéficier son conjoint de ce qui reste libre sur ce disponible et lui donner en outre le supplément de l'art. 1094. Parcourons quelques espèces :

A. — Primus qui laisse sa mère pour héritière réservataire donne à son neveu Secundus les trois quarts de ses biens. Peut-il encore gratifier son épouse d'un quart en usufruit ? Nous admettons l'affirmative sans hésiter.

L'étranger, le neveu, n'a reçu que ce qu'il pouvait recevoir d'après le droit commun ; l'époux n'a reçu qu'une partie de ce qu'il pouvait recevoir aux termes de l'art. 1094 et il a reçu précisément ce supplément d'usufruit qui n'est disponible qu'en sa faveur. Les art. 915 et 1094 sont tous deux respectés : le disponible n'est dépassé ni absolument, ni relativement.

On a pourtant entrepris de contester cette opinion en disant :

Si le législateur dans l'art. 1094 a augmenté le disponible ordinaire en faveur du conjoint, c'est qu'il a pensé que, dans certaines hypothèses, le disponible du droit commun pourrait être insuffisant et qu'il y avait lieu, dès lors, en raison de la situation digne d'intérêt du conjoint survivant d'y ajouter un supplément.

Ce supplément d'usufruit n'est autre chose que l'accessoire du disponible ordinaire et on ne peut le donner au conjoint qu'à condition de lui donner en même temps le disponible ordinaire. Dès que le donateur attribue la quotité disponible à un étranger, il n'y a plus lieu de lui accorder ce crédit supplémentaire en faveur de son conjoint. Que ne faisait-il la libéralité en faveur de son conjoint sur le disponible ordinaire, au lieu d'en grever la réserve de son ascendant !

Si tel est l'esprit de la loi, se pourrait-il que le texte dit autre chose? Dans quel chapitre se trouve l'art. 1094 ? Dans un chapitre intitulé : *Des dispositions entre époux*, donc l'art. 1094 concerne exclusivement les époux. Il porte, en effet, que l'époux qui laissera des ascendants pourra disposer en faveur de son conjoint, en propriété

de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et, *en outre*, de l'usufruit.....

Cela ne prouve-t-il pas que si l'époux veut donner le disponible de l'art. 1094, il faut qu'il le donne tout entier à son conjoint ? S'il le distribue entre son conjoint et un étranger, ce dernier profitera, aux dépens des réservataires, du disponible exceptionnel qui n'a été introduit dans la loi qu'en faveur de l'époux.

Cette doctrine a été soutenue par Duranton.

Elle a été présentée avec force devant la Cour de Cassation et dans une espèce identique à celle que nous avons posée par M. Delangle, alors avocat-général (1) et il faut convenir que c'était l'hypothèse où cette théorie avait le plus de chance d'être accueillie.

Le disposant a donné les trois quarts de ses biens à un étranger et il a disposé de l'usufruit de la réserve de sa mère en faveur de son conjoint.

La raison est choquée, le cœur péniblement affecté d'un tel résultat. Cette combinaison n'est-elle pas contraire au but que s'est proposé le législateur ?

Toutes ces raisons sont graves, en effet, mais elles ne peuvent l'emporter sur les textes et les conséquences qui en découlent nécessairement.

Aussi, la Cour de Cassation qui, par un arrêt de rejet du 3 janvier 1826 (2) avait déjà repoussé cette théorie en déclarant « qu'on ne peut combattre avec des considérations un texte de loi qui ne présente ni doute ni obscurité » a-t-elle, malgré les conclusions de M. Delangle, for-

(1) Delangle concl. Dall. J. G. Don. entre-vifs n° 808 et la note.
(2) Dall. J. G. Don. entre-vifs n° 807.

mellement maintenu sa doctrine par l'arrêt du 18 novembre 1840 (1).

La théorie de M. Delangle, repoussée par la Cour de Cassation, a trouvé un adepte convaincu dans M. Laurent qui la défend chaleureusement (2) mais sans produire aucun argument nouveau à l'appui de cette thèse qui nous paraît justement condamnée par la jurisprudence et la presque unanimité des auteurs.

Où est, nous dit-on, la nécessité d'augmenter en faveur du conjoint la quotité disponible ordinaire et de permettre au disposant de grever d'usufruit la réserve de sa mère s'il dispose au profit d'un étranger de sa quotité disponible ordinaire ? Mais, répondons-nous avec M. Demolombe (3) « s'il (le disposant) n'était pas encore marié à « l'époque où il a fait cette première donation à un « étranger, il ne pourrait donc plus absolument rien « donner à la femme qu'il épouserait ensuite ? »

En outre, si le disposant peut donner à son conjoint le disponible ordinaire, plus le quart en usufruit, il n'y est certainement pas forcé et peut ne lui donner qu'une faible partie de son disponible, sans rien donner à un étranger. « Ce n'est donc pas tout ou rien », dit très justement M. Demolombe (4) ; « dès lors qu'importe que l'époux « ait ou n'ait pas disposé au profit d'un étranger de la « quotité disponible ordinaire, dès qu'il pouvait n'en pas « disposer au profit de son conjoint ?

Qu'importe à l'ascendant, ajouterons-nous avec la

(1) Dalloz J. G. D. entre-vifs n° 808.
(2) Tome XV n° 363 à 368.
(3) Don. et test. t. VI n° 515.
(4) Ibid.

Cour de Cassation (1) que l'époux dispose en faveur de son conjoint de tout le disponible de l'art. 1094 ou qu'il donne à un étranger le disponible ordinaire et à son conjoint l'usufruit de la réserve puisque ces dispositions produisent à son égard le même effet et que, dans l'un et l'autre cas, il se trouve privé de l'usufruit de la portion qui lui est réservée ?

Prétendra-t-on que la thèse soutenue en faveur de l'ascendant trouve un appui dans les mots « et en outre » de l'art. 1094, al. 1 ? Mais qui ne voit que c'est là une conclusion forcée, abusive et que les mots « en outre » ne sont qu'une formule conjonctive dans un texte qui a uniquement pour but de déterminer le maximum de la quotité disponible entre époux !

Il est bien entendu que tout ce que nous venons de dire devrait s'appliquer, *mutatis mutandis*, au cas où le disposant, au lieu d'un ascendant, laisserait à son décès trois enfants ou un plus grand nombre.

B. — Primus a donné un quart en usufruit à un étranger. Plus tard, il donne un quart en pleine propriété à son épouse. Il décède laissant trois enfants.

La donation faite à l'épouse pourra-t-elle s'exécuter en entier ?

Marcadé (2) enseigne l'affirmative en disant que le disposant prend d'abord dans l'art. 913 le quart d'usufruit qu'il donne à l'étranger et qu'ensuite il donne à son conjoint le quart de nue propriété qui reste dans

(1) Arrêt cité à la note 1 ci-dessus page 254.
(2) Tome IV n° 364.

cet art. 913, puis le quart d'usufruit que lui offre l'art. 1094 et que c'est ainsi qu'il compose le quart de pleine propriété attribué au conjoint.

Et l'auteur de s'écrier : « N'est-ce pas là l'explication « qu'il faudra toujours prendre d'après cette règle qu'un « acte doit s'entendre *potius ut valeat quam ut pereat* » ?

Quelle que soit la valeur de ce raisonnement, le système de Marcadé aboutit forcément à faire reposer sur une autre tête que celle du conjoint, contrairement à la loi, l'usufruit portant sur la réserve et par suite, cet usufruit pourra devenir à tous égards beaucoup plus onéreux pour les réservataires que ne le permet l'art. 1094.

Aussi, croyons-nous que la disposition en faveur du conjoint devra être réduite à un quart en nue propriété. Sans doute, le disposant aurait pu lui donner un quart en nue propriété, et, en outre, un quart d'usufruit. Le quart en nue propriété aurait supporté l'usufruit donné à l'étranger et leur réunion aurait égalé le disponible de l'art. 913 ; le quart en usufruit se serait adapté au supplément de disponibilité de l'art. 1094 et aurait grevé la réserve des enfants, conformément à la loi. Mais le *de cujus* a disposé autrement et on ne pourrait maintenir en entier la libéralité du quart en propriété faite en faveur du conjoint sans décider, par là même, que le supplément en usufruit repose sur la tête de l'étranger, résultat inadmissible selon nous (1). C'est le cas de dire : *Fecit quod non potuit ; non fecit quod potuit.*

(1) En ce sens : Aubry et Rau t. 7 § 689 p. 267. — Demol. Don. et testa, t. VI, n° 523.

§ 2. *Les deux dispositions sont simultanées.*

La disposition en faveur du conjoint et celle au profit de l'étranger sont simultanées lorsqu'elles résultent, soit du même acte de donation entre-vifs, soit d'actes de dernière volonté, quelle que soit leur date.

Dans ce cas, si chacun des gratifiés n'a reçu que ce qu'il pouvait recevoir et si la quotité disponible la plus élevée n'est pas dépassée, les deux dispositions devront sortir à effet. Ce sont les mêmes règles, les mêmes raisons de décider que dans la première hypothèse.

Ainsi, en supposant que le disposant, n'ayant pas d'enfants et laissant seulement un ascendant pour héritier, lègue à un étranger la propriété des trois quarts de ses biens et à son conjoint l'usufruit du quart qui forme la réserve de l'ascendant, celui-ci ne sera pas fondé à agir en réduction. Quel que soit, en effet, le légataire auquel il s'adresse, chacun d'eux pourra très justement répondre qu'il n'a rien reçu au-delà du disponible qui le concerne personnellement, soit celui de l'art. 915, si c'est l'étranger qui est actionné, soit celui de l'art. 1094, al. 1, si c'est l'époux.

On a essayé pourtant de contester cette conclusion à l'aide de deux arguments :

1° Le supplément d'usufruit accordé par l'art. 1094 au conjoint est un accessoire du disponible en propriété et l'on ne peut grever d'usufruit la réserve qu'à la condition expresse d'attribuer au conjoint à la fois tout le disponible en propriété et ce complément d'usufruit.

C'est la théorie de l'unité et de l'indivisibilité de la quotité disponible entre époux que nous avons déjà rencontrée et combattue : nous n'y reviendrons pas. Remarquons seulement que s'il y avait lieu à réduction, les deux libéralités devraient être réduites (art. 926) alors que ni l'une ni l'autre individuellement prise n'est sujette à réduction et que réunies, elles n'excèdent pas le plus fort disponible. Cela est inadmissible.

2° Il faut distinguer suivant que la disposition au profit de l'époux précède ou suit dans le testament celle faite au profit de l'étranger. Si le disposant a commencé par donner à un étranger la quotité disponible, il pourra encore donner à son conjoint la réserve de son ascendant ; mais, s'il a commencé par donner à son conjoint un quart en usufruit, il ne pourra plus donner trois quarts en propriété à l'étranger, parce que tout ce qui est donné d'abord à l'époux doit, en ce qui concerne l'étranger, s'imputer sur la quotité disponible ordinaire, comme si l'époux était lui-même un étranger.

Tel est le motif qui paraît avoir décidé la Cour de cassation dans son arrêt du 9 novembre 1846 (1).

Le disposant avait, par le même testament, légué à l'un de ses quatre enfants par préciput le quart de ses biens et ensuite à sa femme l'usufruit d'un autre quart.

« Attendu, dit la Cour, que la disposition de l'art. « 1094, inspirée au législateur par le désir de resserrer « l'union conjugale, est personnelle aux époux et ne « peut être invoquée par les étrangers et par les enfants...

(1) S. 46. 1. 801.

« Attendu que si le père de famille a gratifié l'un de « ses enfants dans les termes de l'art. 913, rien ne s'op- « pose à ce qu'il gratifie ensuite son conjoint, si les « deux libéralités réunies n'excèdent pas la quotité « disponible la plus large autorisée par l'art. 1094.

« Qu'en ce cas, en effet, le conjoint seul profite de « l'extension apportée en sa faveur à la faculté de dis - poser ».

Tel est, en effet, le système général de la Cour de Cassation : elle se base sur l'ordre des dates.

Mais, en admettant même sa doctrine comme principe, il ne faudrait pas l'appliquer au cas où les deux dispositions sont contenues dans le même testament ou dans la même donation. « Ne sait-on pas, disait Davot, « que la tournure d'un acte ne dépend que trop « souvent du notaire? Considérons plutôt ce que le do- « nateur a voulu » (1).

De son côté, M. le conseiller Mesnard, dans un rapport fait à la Cour de Cassation en 1847, s'élevait avec force contre la doctrine affirmée dans les motifs de l'arrêt de 1846 que nous avons reproduits ci-dessus :

« Lorsque, comme dans notre espèce, dit le rappor- « teur, les deux libéralités sont écrites dans le même « testament, on se demande et on a le droit de se de- « mander si, émanées d'une volonté qui n'a fait entre « elles aucune distinction de temps appréciable, elles ne « doivent pas être exécutées dans la proportion de la « quotité disponible la plus élevée et de manière à ce

(1) Tome IV, p. 111, n° 7. —*Traité de Dr Français à l'usage du duché de Bourgogne.*

« que chacun des gratifiés reçoive tout ce que la loi « entendait qu'il reçût dans la position la plus favori- « sée... Que la condition de date soit déterminante, « lorsque les dispositions sont faites par des actes sépa- « rés, il *faut bien l'admettre* puisque c'est aujourd'hui « la base de votre jurisprudence sur cette question. « Mais quand les deux libéralités, au lieu de résulter de « deux actes séparés, seront écrites dans le même acte, « *eodem tempore*, *eodem contextu* faudra-t-il se laisser « préoccuper de la condition de priorité au point de re- « chercher minutieusement dans cet acte laquelle des « deux libéralités est sortie la première de la bouche « ou de la plume du disposant ? Faudra-t-il que quel- « ques minutes ou quelques lignes d'intervalle suffisent « pour déterminer le sort des libéralités ? La quotité la « plus étendue sera-t-elle ou non disponible, selon « qu'on aura commencé dans l'acte par nommer le con- « joint ou l'enfant ?

« Tout dépendra-t-il d'une intention involontaire ou « dont peu de gens comprendront l'irritante significa- « tion ? Un grand principe de droit et ses larges consé- « quences resteront-ils ainsi à la merci d'un capricieux « arrangement de syllabes et de l'accident le plus vul- « gaire ? *C'était bien assez*, *peut-être*, de décider que « la priorité de la disposition déterminée par la date de « l'acte séparé qui contient cette disposition suffirait « pour décider du sort ou de l'étendue d'une disposi- « tion postérieure. Vous aurez à vous demander si l'on « doit pousser la rigueur de ce système jusqu'au point « de ne plus voir de simultanéité dans les clauses d'un

« même acte et de faire effort, pour séparer, par des in-
« tervalles de temps souvent arbitraires, des disposi-
« tions essentiellement contemporaines ou auxquelles
« on ne peut assigner d'autre élément d'antériorité rela-
« tive que le moment fugitif employé par le disposant
« pour exprimer ou manifester sa volonté ».

La Cour rendit un arrêt conforme. (1)

Si les deux dispositions étaient renfermées dans des testaments différents, nous donnerions la même solution sans hésiter. Les dispositions testamentaires n'ont, toutes, quant à leurs effets, qu'une seule et même date, celle du décès du testateur (arg. art. 926). D'ailleurs, s'il était possible d'établir entre les dispositions contenues dans différents testaments un ordre de préférence fondé sur les dates respectives de ces actes, il faudrait donner la préférence, non point aux dispositions consignées dans les testaments antérieurs, mais à celles contenues dans les testaments les plus récents (2).

Troplong (3) trouve la question plus délicate, si les legs sont portés dans plusieurs testaments distincts ; cependant, il la résout de même.

Par application de cette règle que chacun des gratifiés ne doit rien recevoir au-delà du disponible qui lui est propre, il faut décider que si le disposant laissant des enfants, le legs fait en propriété à l'époux dépassait le quart des biens, il serait ramené à cette quotité, de

(1) Cass. rej. 20 décembre 1847. Dall. 1848. 1. 14.
(2) Aubry et Rau t. 7 § 689, texte et note 32. — Demol. t. VI, n° 519.
(3) Don. et test. t. IV, n° 2608.

même que si le legs en usufruit fait à l'enfant ou à l'étranger dépassait l'usufruit du disponible de l'art. 913, il serait réductible à cette quotité.

De même, par application de la troisième règle que nous avons formulée au début du chapitre en disant que l'étranger ne peut pas profiter du supplément de disponible établi par l'art. 1094 en faveur du conjoint, règle que nous étudierons dans le § 3 ci-après, si l'époux prédécédé, laissant trois enfants, a légué à son conjoint la pleine propriété du quart de ses biens et à un étranger l'usufruit d'un autre quart, les deux legs seront réductibles quant à la jouissance, proportionnellement à leurs valeurs respectives, jusqu'à concurrence d'un quart en usufruit. Sans doute, les deux legs réunis ne dépassent pas la quotité disponible la plus forte, mais le maintien intégral des deux libéralités aurait pour résultat de faire bénéficier l'étranger du supplément de disponible en usufruit qui n'a été établi qu'en faveur du conjoint.

« Or, nous tenons pour impossible toute disposition « qui aboutirait à mettre dans les mains d'un autre que « l'époux du disposant ce supplément exceptionnel de « disponible (1). »

§ 3. — *La disposition en faveur de l'époux est antérieure à celle faite au profit de l'étranger.*

Cette hypothèse est de beaucoup la plus difficile et la plus importante. C'est ici que nous allons voir éclater les divergences les plus graves entre les auteurs et la juris-

(1) Demol. D. et t. t. VI, n° 523.

prudence de la Cour de Cassation et de la plupart des Cours d'appel.

Les autenrs, en général, critiquent le système de la jurisprudence, mais il s'en faut qu'ils soient d'accord entre eux sur la solution à adopter.

Les divers systèmes qui se sont fait jour peuvent se ramener à trois principaux. Le premier enseigne que, pourvu que chacun des bénéficiaires ne reçoive pas plus que le disponible qui le concerne et que l'ensemble des libéralités ne dépasse pas la quotité de l'art. 1094, les donations devront entièrement sortir à effet, que la disposition en faveur du conjoint soit en pleine propriété ou en usufruit.

Le deuxième soutient que la donation faite en faveur du conjoint, qu'elle soit en propriété ou en usufruit, doit toujours s'imputer sur le disponible de l'art. 913 qu'elle diminue d'autant et que le donateur ne pourra plus disposer en faveur d'un étranger que de ce qui reste libre sur le disponible du droit commun.

Le troisième système enfin distingue suivant que la disposition en faveur du conjoint est en propriété ou en usufruit.

Est-elle en propriété ? Elle diminue d'autant le disponible de droit commun et, si elle l'absorbe, le disposant ne pourra plus rien donner à un étranger.

Est-elle en usufruit ? Elle doit s'imputer sur le disponible spécial de l'art. 1094, laissant toujours libre pour un étranger la nue propriété de la quotité disponible du droit commun.

Ce troisième système maintient les deux libéralités quelles que soient leurs dates respectives, pourvu que :

1° Les deux dispositions réunies n'excèdent pas en pleine propriété le disponible ordinaire ;

2° Aucun des bénéficiaires n'ait reçu plus que son disponible particulier ;

3° L'augmentation du disponible en usufruit ne soit attribuée qu'à l'époux. (1)

Cette troisième opinion est celle qui nous satisfait le mieux et qui nous paraît concilier le plus heureusement les droits du disposant avec les textes et la volonté du législateur. Les limites apportées par la loi au droit de disposition constituent l'atteinte la plus grave à l'essence même de la propriété, nous l'avons remarqué au début de ce travail ; il faut donc prendre garde de resserrer encore ces limites par une interprétation arbitraire de la volonté du père de famille et, dans le doute sur la portée d'une disposition, il faut, de préférence, décider dans le sens le plus favorable à la liberté du donateur.

Cette observation générale présentée, il nous suffira, pour établir notre système, de nous reporter encore une fois aux travaux préparatoires. On sait que dans le projet de la commission de l'an VIII, la quotité disponible ordinaire était fixée invariablement au quart en propriété (art. 16) tandis que la quotité disponible entre époux était fixée par l'art. 151 (aug 1094) à un quart en propriété, plus un quart en usufruit ou à une moitié en usufruit.

Ce qui distinguait l'époux des autres donataires, c'est

(1) En ce sens : Benech. Quot. disp. entre époux 3e partie. — Regnier Revue hist. de D. F. et étrang. t. X.(1864) p. 97 et suiv,. Demol. Don. et test. t. VI n° 520 et suiv.

qu'il pouvait recevoir, en plus que ceux-ci, une quote d'usufruit portant sur la réserve, Or. si le disponible ordinaire a été modifié depuis, le disponible exceptionnel établi par l'art. 151 du projet, n'a pas changé de caractère. Donc, ce que l'époux est autorisé à donner à son conjoint d'après l'art. 1094 qui reproduit l'art. 151 du projet : c'est en pleine propriété tout ou partie de la quotité disponible ordinaire et, en outre, l'usufruit de tout ou partie de la réserve suivant qu'on est en présence d'ascendants ou de descendants.

C'est par cette disposition d'usufruit portant sur la réserve que le donateur peut avantager son conjoint autrement qu'un étranger ; c'est par là que le disponible de l'art 1094 est vraiment original et exceptionnel.

Faisons l'application de cette théorie.

A. — Primus a donné, par contrat de mariage, un quart en pleine propriété à son épouse. Il meurt laissant trois enfants ; il a légué à l'un d'eux par préciput un quart en usufruit. Ce legs pourra-t-il être exécuté ? Non, assurément. Ce quart d'usufruit, en effet, porte sur la réserve. L'enfant ne peut pas se prévaloir de l'art. 1094, qui a été édicté dans l'intérêt exclusif de l'époux et si l'art. 1094 n'existait pas, le legs aurait été évidemment impossible ; donc, l'enfant ne pourra en recueillir le bénéfice.

B. — Primus a donné, par contrat de mariage, moitié en usufruit à son épouse. Il dispose ensuite d'un quart en nue propriété en faveur d'un étranger et il

meurt laissant trois enfants. Cette dernière disposition sera-t-elle valable ? Evidemment oui.

La moitié en usufruit que l'art. 1094 autorise l'époux à donner à son conjoint porte, pour un quart, sur le disponible ordinaire et pour un quart sur la réserve.

Donc, la partie du disponible ordinaire que n'a pas emporté le don du disponible extraordinaire reste libre aux mains du donateur et il peut valablement disposer au profit d'un étranger.

Tel est ce système. Il a été présenté avec grande force par le président Requier (1) et il est vigoureusement soutenu par M. Demolombe. Laurent le traite avec dédain ; « Ce serait, dit-il, augmenter l'obscurité qui règne sur le « disponible entre époux que d'exposer, pour la réfuter « une opinion qui n'a pas trouvé faveur. » (2) Et, pour la réfutation, il renvoie le lecteur à l'ouvrage de MM. Aubry et Rau. Coïncidence fâcheuse et que le jurisconsulte belge n'a certainement pas prévue, il se trouve précisément que l'édition courante (3) de l'ouvrage de MM. Aubry et Rau enseigne cette opinion si discréditée et ce n'est pas une petite victoire pour elle que d'avoir rallié des jurisconsultes du mérite de MM. Aubry et Rau qui l'avaient si vivement et si longtemps combattue.

Mais il ne nous suffit pas d'avoir exposé la doctrine qui nous parait préférable, il faut maintenant l'affermir en réfutant les systèmes dissidents.

Le premier système, avons-nous dit, enseigne que la

(1) Op cit.
(2) Tome XV n° 371.
(3) Edition de 1875.

disposition au profit de l'époux et celle dont bénéficie l'étranger doivent être maintenues toutes deux si chacune d'elle ne dépasse pas son disponible particulier et si, dans leur ensemble, elles n'excèdent pas la quotité de l'art. 1094 ; peu importe que l'époux ait été gratifié en pleine propriété ou en usufruit. On invoque à l'appui les considérations suivantes :

Le supplément de disponible en usufruit de l'art. 1094 n'est pas plus onéreux pour les réservataires quand il repose sur la tête d'un étranger que quand il est attribué au conjoint. C'est à tort que l'on prétend le contraire en disant que la cession d'un usufruit est difficile, que, par suite, l'attribution en usufruit faite à leur père ou mère survivant décharge les enfants de tout ou partie de l'obligation alimentaire. L'usufruit, en effet, est aliénable et, dès lors, l'usufruit laissé à leur auteur ne procure, en réalité, aucune sécurité aux enfants au point de vue de la dette d'aliments. Cette considération n'a donc pu exercer aucune influence sur le législateur. Bien plus, les enfants auraient plutôt intérêt à ce que la nue propriété fût donnée au conjoint, l'usufruit à un étranger, puisque si c'est le conjoint, leur père ou leur mère qui a la nue propriété, ils la retrouveront plus tard dans sa succession, tandis qu'elle sera perdue pour eux si elle est donnée à l'étranger.

On ajoute que notre doctrine conduit à des conséquences inconciliables avec l'esprit de l'art. 1094.

Que, par exemple, un époux qui laisse trois enfants lègue un quart en propriété à son conjoint, un quart en usufruit par préciput à l'un de ses enfants les deux legs

seront réduits, alors que le conjoint, à lui seul, aurait pu les recevoir tous deux. Bien plus, si l'enfant est donataire et le conjoint légataire, ce dernier seul sera réduit. Et, dans les deux cas, la réduction n'empêchera pas l'étranger de bénéficier d'un usufruit, contrairement au but supposé de la loi.

M. Colmet de Santerre, partisan de ce système, y apporte une importante réserve qu'il est bon de signaler : « Il ne faut pas, dit-il, que sous l'apparence d'une libé« ralité restreinte aux limites fixées par l'art. 1094, le « second donataire reçoive une donation portant à la « réserve une atteinte plus grande que la libéralité qu'on « aurait pu faire à l'époux. Ainsi, quand le conjoint a « reçu un quart en pleine propriété, l'enfant ou l'étran« ger pourra bien recevoir un quart en usufruit; seule« ment cet usufruit devra être établi sur la tête du con« joint et non sur celle du second donataire, soumis aux « chances de vie et de mort du conjoint et non du dona« taire. » (1).

Sans doute, le législateur a dû prendre en considération l'âge probable de l'époux, mais n'a-t-il pas dû songer aussi à sa qualité ? Cet usufruit portant sur la réserve qu'il permet de lui attribuer ne sera-t-il pas moins onéreux pour les enfants que s'il était donné à un tiers ? N'en profiteront-ils pas eux-mêmes, soit par suite de la communauté d'habitation, soit parce qu'ils seront affranchis d'autant de la dette alimentaire?

Dès lors, il ne nous paraît pas exact de dire que la si-

(1) Tome IV, n° 281 bis, V.

tuation sera pour eux la même que si l'usufruitier était un étranger.

On objecte que l'intérêt des enfants demanderait plutôt que l'usufruit fût donné à l'étranger et la nue propriété à leur auteur, parce que la propriété donnée à l'étranger est irrévocablement perdue pour eux.

C'est possible, répondons-nous, mais c'est dans l'art. 1094 et non ailleurs qu'il faut chercher la raison de décider. Or, c'est bien certainement en faveur de l'époux, de lui seul que ce texte autorise un disponible exceptionnel en usufruit portant sur la réserve. Le législateur, dans l'art. 1094, ne se préoccupe nullement de l'intérêt des enfants qu'il a déjà garanti par l'art. 913 ; c'est le conjoint seul qu'il entend favoriser.

Les travaux préparatoires, que nous avons eu déjà si souvent l'occasion d'invoquer, confirment entièrement l'interprétation que nous donnons au texte de l'art. 1094. M. Colmet de Santerre est bien près d'en convenir, car enseigner, comme il le fait, que l'usufruit ne peut être constitué que sur la tête de l'époux, n'est-ce pas reconnaître implicitement que cet usufruit ne peut être attribué qu'à l'époux, qu'il ne peut en être disposé qu'en sa faveur ?

On s'élève contre les résultats inadmissibles de notre doctrine qui conduit à réduire deux libéralités dont l'ensemble aurait pu être valablement donné au conjoint seul en vertu de l'art. 1094.

Il suffit, pour détruire l'objection, de faire remarquer que toutes les fois que l'usufruit portant sur la réserve n'est pas donné à l'époux, mais à l'étranger, il ne peut

plus être question du disponible exceptionnel de l'art. 1094. Pour l'étranger, il n'y a que les art. 913 et 915. Et, en tant qu'il est gratifié en propriété, l'époux prend en tout ou en partie le disponible des art. 913 et 915, car, nous l'avons établi, le disponible en propriété de l'art. 1094 n'est autre que celui du droit commun avec cette différence, sans importance ici, qu'il n'est pas, quant à son étendue, réglé de la même manière. Dès lors, il est très logique, quand le disponible de droit commun est excédé, d'appliquer les règles ordinaires de la réduction.

Si le disposant, laissant trois enfants, avait légué un quart en propriété à sa femme et un quart en propriété à un étranger, les deux legs seraient certainement réduits au marc le franc comme portant tous deux sur le disponible ordinaire. Pourquoi en serait-il autrement s'il a légué simplement un quart en usufruit à l'étranger, puisque cet étranger ne peut pas invoquer l'article 1094 ?

Le second système soutient que la donation faite d'abord en faveur du conjoint, qu'elle soit en propriété ou en usufruit doit toujours s'imputer sur le disponible de l'art. 913 qu'elle diminue d'autant et ne laisse libre pour l'étranger que ce qui reste de ce disponible du droit commun.

C'est le système que la Cour de Cassation a appliqué pour la première fois par arrêt du 7 janvier 1824 (1) et qu'elle a toujours maintenu depuis avec une constance et

(1) S. 33, 1, 506.

une uniformité vraiment remarquables malgré toutes les critiques dont cette jurisprudence a été l'objet.

Prenons l'espèce même qui a été portée à la barre de la Cour de cassation en 1824 :

Primus a donné, par contrat de mariage, l'usufruit de la moitié de ses biens à sa femme. Il meurt laissant trois enfants et en l'état d'un testament qui contient un legs d'un quart en nue propriété au profit de l'un de ses enfants. Ce legs sera-t-il efficace?

La Cour de Cassation répond négativement et elle se base sur deux arguments principaux :

1· Il est admis unanimement que c'est en faveur de l'époux seul que l'art. 1094 contient une augmentation du disponible, que l'étranger ne saurait en profiter et qu'au regard de l'étranger la donation faite à l'époux doit être considérée comme faite à un étranger ; or, la donation de moitié en usufruit faite au conjoint équivaut d'ordinaire au quart en propriété, et comme le disponible de l'art. 913 n'est, en l'espèce, que d'un quart en propriété, si on donnait effet au legs fait à l'enfant, il serait vrai de dire qu'on le fait profiter de l'extension de disponible qui n'a été établie qu'en faveur de l'époux, ce qui est inadmissible.

2· Du reste, l'imputation sur la quotité disponible ordinaire de l'art. 913 de la donation de moitié en usufruit faite d'abord à l'époux est conforme à la volonté du disposant qui, évidemment, n'a pas voulu donner le supplément du disponible avant le disponible lui-même et recourir au fonds de réserve avant d'avoir épuisé les ressources ordinaires. Dès lors, sa première libéralité ayant

épuisé son crédit ordinaire, puisque moitié en usufruit vaut un quart en pleine propriété, il ne reste que le crédit extraordinaire de l'art. 1094 dont on ne peut disposer en faveur d'un étranger.

Tels sont les motifs invoqués à l'appui de cette jurisprudence que la plupart des Cours d'appel, après de vives résistances pourtant, ont adoptée à la suite de la Cour suprême.

La doctrine est contraire, en général.

Troplong, il est vrai, défend énergiquement cette jurisprudence (1), mais n'est-elle pas un peu son œuvre et, dès lors, n'est-il pas possible que, même à son insu, il n'apporte pas dans la discussion la sereine impartialité du jurisconsulte? Laurent, qui n'admet pas, à proprement parler, le concours des deux disponibles, approuve les décisions de la jurisprudence, mais reconnaît que les auteurs reprochent avec raison à la Cour de Cassation l'inconséquence de son système (2).

Marcadé (3) déclare qu'en principe la doctrine de la Cour de Cassation lui paraît parfaitement exacte, mais il s'en sépare en un point essentiel. Après avoir dit que toutes les fois que l'imputation de la donation en faveur de l'époux peut se faire aussi bien sur le disponible ordinaire que sur l'autre, c'est sur l'art 913 qu'il faut la faire, l'auteur ajoute: « Quand l'époux qui a trois enfants a « donné à son conjoint la moitié de ses biens en usufruit « il est clair que la donation ne peut plus se dire faite

(1) Don. et test. tome IV n° 2600 à 2604.
(2) Tome XV n° 369.
(3) Tome IV n° 368.

« légalement d'après les art. 913-917 et au moyen du « disponible ordinaire puisque, d'après ces articles, on « n'aurait pu donner qu'un quart d'usufruit. Il est clair « que légalement la donation est faite en vertu de l'art. « 1094 et au moyen du disponible exceptionnel de « notre chapitre. Donc la partie du disponible ordinaire « que n'a pas emportée le don du disponible extraordi- « naire reste libre aux mains du donateur ; et cette par- « tie, qui est ici un quart de nue propriété, peut être « donnée postérieurement à qui l'on voudra. Ceci nous « paraît évident..... »

La doctrine, nettement défavorable au système de la Cour de Cassation, le combat à l'aide d'arguments très sérieux :

Elle lui reproche d'abord cette inconséquence que M. Laurent lui-même est forcé de reconnaître.

La Cour suprême, nous l'avons vu, valide la disposition de moitié en usufruit en faveur du conjoint et d'un quart en nue propriété au profit d'un étranger lorsqu'elles sont contenues dans un même testament.

C'est donc que, d'après elle, dans ce cas, l'étranger ne profite pas du disponible exceptionnel de l'art. 1094. Et voilà que parce que la disposition au profit de l'époux aura précédé celle dont bénéficie l'étranger, il faudra admettre que celui-ci empiète sur le domaine de l'art 1094 et refuser tout effet à la seconde disposition. En vain, dit-on, pour expliquer cette inconséquence, que dans le cas où les deux dispositions sont faites par testament, l'art. 926 ne permettant pas de faire porter la réduction exclusivement sur le legs fait à l'étranger et que l'art.

1094 s'opposant à toute réduction du legs fait à l'époux survivant qui ne reçoit même pas tout ce qu'il aurait pu recevoir, il faut, de toute nécessité, maintenir aussi le legs fait à l'étranger. « Cela est vrai ; mais la concession « qu'on est ainsi forcé de faire ne suffit-elle pas à dé- « montrer le vice fondamental de ce système? Une « règle relative seulement à la réduction des disposi- « tions excessives réagirait donc sur la fixation et la ré- « partition de la quotité disponible (1)? »

Elle montre ensuite les conséquences fâcheuses, déplorables de ce système au double point de vue de l'intérêt des familles et de la société. Le législateur favorise le mariage, base de la famille et de la société ; il voit donc d'un œil favorable les donations que les futurs époux se font par contrat de mariage et qui sont, peut-être, une des conditions de ce mariage.

D'autre part, il témoigne par l'art. 919 qu'il veut permettre au père de famille de récompenser la piété filiale ou d'adoucir chez l'un de ses enfants l'amertume d'une situation inférieure résultant d'infirmités précoces, de revers immérités, etc.....

Or, quel est l'ordre naturel des dispositions? L'amour du conjoint, d'abord ; celui des enfants, après ; c'est évident. Et la Cour de Cassation ne permet de donner moitié en usufruit à l'époux et un quart en nue propriété à l'enfant qu'en prenant le contre-pied de l'ordre normal, en gratifiant d'abord l'enfant, de telle sorte que le futur époux peut-être enfermé dans le dilemme que voici : Ou

(1) Aubry et Rau t. 7 § 689 texte et note 24.

il disposera de moitié en usufruit par contrat de mariage en faveur de son épouse et il aura ainsi par avance désarmé son autorité paternelle, ou il ne voudra pas consentir à ce sacrifice et il manquera l'union projetée.

En fait, peut-on nous objecter, les futurs époux se préoccuperont fort peu des enfants à venir ; ils se détermineront par les sentiments du moment, les convenances réciproques et par les influences de la position sociale. Soit, mais n'est-il pas à craindre qu'on y songe pour eux et que, pour tout concilier, on les engage « dans la voie « des avantages simulés, voie dans laquelle on ne mesure « rien et où l'intérêt des enfants que l'on veut protéger « sera gravement compromis. » (1)

Dira-t-on avec Troplong, qu'il n'y a pas grand mal à ce que le père de famille ne puisse faire aucune libéralité préciputaire au profit de l'un de ses enfants: « Je ne « vois pas un mal immense dans une situation qui « maintient l'égalité entre enfants et rend plus difficile « l'exercice du pouvoir qui permet de la briser. Les fai- « seurs d'aînés et les contempteurs de filles peuvent s'en « plaindre. Nous nous en affligeons moins en considé- « rant que ce qui a été enlevé aux rigueurs paternelles « a été donné à l'affection conjugale. » (2)

Mais cela n'est rien moins que la condamnation de l'art. 919, ainsi que le remarque très justement M. Demolombe (3) et il est impossible d'admettre sans un texte formel la distinction de la jurisprudence qui « va direc-

(1) Taulier t. V p. 240.
(2) Don. et test. t. IV n° 2602.
(3) Don. et test. t. VI n. 526.

« tement au rebours de la vérité des faits et de la rai-« son » (1) puisqu'elle prohibe justement le concours des deux libéralités dans l'hypothèse la plus fréquente, la plus naturelle, la plus favorable, celle où la disposition en faveur du conjoint précède la libéralité faite à l'enfant.

Nous allons voir, en attaquant de front les deux arguments de la jurisprudence, que cette distinction n'existe pas dans la loi.

En premier lieu, il est vrai que c'est en faveur de l'époux, de lui seul, que l'art. 1094 contient une augmentation de disponible, mais s'en suit-il que si je commence par donner moitié en usufruit à mon conjoint, je ne puisse pas donner plus tard un quart en nue propriété à un étranger, à un enfant, sans le faire profiter, contrairement à la loi, de l'extension du disponible de l'art. 1094? Certainement, prétend la Cour de Cassation, car moitié en usufruit valant un quart en propriété, vous avez donné à votre conjoint tout le disponible ordinaire et si l'enfant pouvait encore recevoir un quart en nue propriété, il serait mieux traité que quand il concourt avec un étranger et ce doit être tout un pour lui de concourir avec l'époux ou avec un étranger. C'est là une erreur manifeste. La Cour de Cassation ne reconnaît-elle pas elle même, en validant le legs d'usufruit de moitié fait à l'époux et celui du quart en nue propriété fait à l'enfant que ce n'est pas la même chose pour ce dernier de concourir avec l'époux ou avec un étranger et qu'il est mieux traité quand il se trouve en présence de l'époux?

(1) Don. et test. t. VI, n° 526.

Là est la vérité et pour empêcher ce résultat, il faudrait supprimer la qualité d'époux, supprimer l'art. 1094 de notre Code. S'en suit-il que l'enfant profite de l'extension du disponible de l'art. 1094 ? En aucune façon. Il n'en profiterait que s'il pouvait obtenir ou retenir l'usufruit d'une portion quelconque de la réserve, mais quand ce supplément de disponible qui consiste en usufruit portant sur la réserve repose précisément sur la tête de l'époux, c'est celui-ci qui, en fait et seul, profite de ce supplément, et l'enfant, pour conserver la libéralité qui lui est faite, se borne à faire observer que la libéralité qu'on lui oppose pour le réduire doit être prise telle qu'elle est, c'est-à-dire comme libéralité faite au conjoint et avec l'extension de disponible qui s'y rattache naturellement.

L'argument que la Cour de Cassation prétend tirer de l'intention du donateur ne nous paraît pas plus probant.

Le disposant, dit-on, n'a pas pu vouloir toucher à son fonds de réserve avant d'avoir épuisé ses ressources ordinaires ; par conséquent, la première libéralité doit s'imputer sur le disponible ordinaire, et, si elle l'absorbe, aucun autre que l'époux ne peut plus rien recevoir.

Cette distinction du crédit ordinaire et du crédit supplémentaire peut être ingénieuse, mais la présomption qu'on en tire ne se justifie, selon nous, ni en fait ni en droit.

En fait, n'est-il pas naturel de croire que l'époux donateur a voulu user du disponible qui lui laisserait le plus de latitude et non de celui qui épuiserait d'un seul coup tout son droit. Pourquoi restreindre arbitraire-

ment la faculté de disposer ? « Et d'ailleurs, ne se peut-« il pas que l'époux disposant n'ait pas cru que la pre-« mière donation qu'il a faite à son conjoint épuisait « sa quotité disponible ordinaire, comme s'il lui a donné, « par exemple, l'usufruit, non pas d'une quotité de son « patrimoine, mais d'un bien déterminé ? N'a-t-il pas « pu croire alors, eu égard à l'état de sa fortune à l'épo-« que de la donation que cet usufruit n'épuiserait pas « sa quotité disponible ordinaire ?... (1) ».

Que devient alors la présomption qui sert de base au système de la jurisprudence ?

En droit, n'est-ce pas seulement au décès du disposant que son patrimoine se divise en deux parties : réserve et quotité disponible, et qu'il y a lieu de rechercher si les libéralités qu'il a faites, quelle que soit leur date, dépassent ou non ce dont il pouvait librement disposer (art. 920, 922) ? N'est-ce pas seulement quant on aura constaté qu'il a dépassé sa quotité disponible et qu'il s'agira de déterminer le mode de réduction qu'on se préoccupera de la question des dates et que la priorité aura de l'importance (art. 923, 925) ? Dès qu'il est constant que l'époux seul bénéficie de ce supplément de disponible qui n'a été établi qu'en sa faveur et que ni l'un ni l'autre des gratifiés n'a reçu plus qu'il ne pouvait recevoir, de quel droit déclarer caduque la disposition faite au profit de l'étranger uniquement parce qu'elle est la dernière en date ?

On oppose encore un autre argument à la jurispru-

(1) Demol. op. cit. n° 528.

dence et ce n'est pas le moins décisif. On lui reproche avec beaucoup de raison de transformer par une fiction contraire à la loi et à l'intention du disposant une donation d'usufruit en une donation en pleine propriété.

M. Troplong objecte que cette tranformation est simplement fictive ; qu'elle ne vient pas changer la nature du don, qu'elle ne fait qu'en rechercher l'étendue, qu'elle est un moyen de savoir si la quotité disponible a été dépassée ou non. « C'est un simple calcul, dit-il, et « non une transformation » (1). Mais c'est bel et bien une transformation et des plus graves puisqu'elle va entraîner l'indisponibilité du quart en nue propriété qui, sans cela, restait libre en mains du donateur.

Il avait le droit, ce donateur, de donner la moitié en usufruit à son conjoint (art. 1094) sans craindre qu'on vint dénaturer sa disposition. Il exprime légalement sa volonté ; de quel droit vient-on changer l'objet de la donation ?

De plus « ce procédé de conversion d'une donation « d'usufruit en une donation de propriété constitue « la violation d'un principe des plus essentiels, à sa- « voir : Que l'estimation des donations ou des legs « d'usufruit n'est admise en aucun cas par notre Code, « pour la détermination du *quantum* de la quotité « disponible ; en aucun cas, disons-nous, ni pour la « quotité disponible ordinaire de l'art. 913 ; la preuve « en est dans l'art. 917 ; ni pour la quotité disponible

(1) Troplong. op. cit. n° 2603.

« spéciale entre époux ; la preuve en est dans l'art. « 1094 » (1).

En n'admettant pas ces estimations d'usufruit, le législateur a agi très sagement, car une évaluation d'usufruit est ce qu'il y a au monde de plus aléatoire et de plus arbitraire. Les tribunaux et la Cour de Cassation elle-même ont pris pour règle que l'usufruit vaut moitié de la propriété. C'est, à défaut d'autre mérite, très commode pour les besoins du raisonnement. La jurisprudence s'est inspirée sur ce point des dispositions de la loi du 22 frimaire an VII, art. 14 et 15, qui, pour la perception des droits, décide que l'usufruit vaut moitié de la propriété.

On a vu des tribunaux, partant de ce principe, décider que l'usufruit reposant sur une tête octogénaire valait moitié de la propriété. Cela touche à l'absurde.

Au point de vue même de la perception des droits, l'évaluation de la loi de frimaire est reconnue excessive, et dans un projet de loi depuis longtemps déposé sur le bureau de la Chambre des députés on corrige l'évaluation de la loi de frimaire (2).

Va-t-on s'emparer, par analogie, en notre matière de ces nouvelles évaluations ? Nous voulons espérer le con-

(1) Demol. op. cit. n° 530.

(2) Voici l'économie du projet :

1° Si l'usufruitier a moins de 20 ans révolus, l'usufruit est estimé aux 7/10 de la pleine propriété ;

2° Au-dessus de 20 ans, cette proportion est diminuée d'1/10 par chaque période de 10 ans sans fraction ;

3° A partir de 70 ans révolus, l'usufruit n'est plus évalué qu'à 1/10 de la pleine propriété.

traire ; les lois fiscales sont spéciales ; tout argument d'analogie est dangereux ; ici il peut aboutir à l'absurde.

La jurisprudence la plus récente (1) reconnaît cependant, d'accord avec la doctrine et avec le bon sens, que l'estimation de l'usufruit doit être faite dans chaque espèce, d'après les circonstances particulières, eu égard à l'âge, à la santé, aux habitudes de l'usufruitier. Et alors nous retombons dans les difficultés de fait que le Code a supprimées en matière de contribution aux dettes (art. 612) et en matière de disponible ordinaire (art. 917).

Est-il croyable que ce soit précisément dans notre hypothèse que le législateur ait laissé subsister de telles difficultés ? Quels sont les réservataires ? Les enfants — Quel est l'usufruitier ? Leur père ou leur mère — Et c'est entre ces personnes qu'il sera procédé à cette évaluation si délicate, que l'on supputera aussi exactement que possible les jours que doit encore vivre l'usufruitier. « Quel scandale, s'écrie M. Requier, et quelle pro- « fanation ! » Et M. Demolombe (2), à qui nous empruntons cette citation, s'associe pleinement aux paroles de M. Requier et conclut en disant que si le législateur avait cru devoir admettre l'évaluation de l'usufruit dans les autres hypothèses, il aurait dû le proscrire dans celle-ci. Tel est aussi notre sentiment.

On le voit, c'est au nom des principes du Code, au

(1) Grenoble, 2 mars 1885. Jour. arr. Gr. 85 p. 161. — Trib. Dax 12 février 1891. Monit. Jud. Lyon, 27 avril 1891.
(2) Op. Cit. n° 530.

nom de la raison et des droits du disposant que les auteurs combattent le système de la jurisprudence. Mais, s'il n'y a plus aujourd'hui d'arrêts de règlement, si les tribunaux ont le droit de décider en pleine indépendance sur les litiges qui leur sont soumis, en fait, la jurisprudence de la Cour suprême exerce sur eux un tel empire que la lutte n'est plus possible au Palais et les donateurs sont obligés de respecter, au moins en apparence, la théorie de la Cour de Cassation.

Nous disons : en apparence, car il n'est pas difficile de trouver des combinaisons très licites qui permettent de soustraire les libéralités aux inconvénients de ce système.

La donation de moitié en usufruit a-t-elle été faite par contrat de mariage purement et simplement? Pour valider la donation d'un quart en nue propriété faite ensuite à un enfant, il suffira que le donateur réédite, sous forme de donation ou legs, la donation de moitié en usufruit faite au conjoint par contrat de mariage. Au décès, l'époux donataire renoncera à l'avantage contractuel, puis acceptera la donation postérieure ou le legs qui, n'ayant pas précédé la donation faite à l'enfant, ne l'empêche pas d'être efficace, d'après la jurisprudence. Cela n'est pas sérieux, est-on tenté de dire. Et pourtant la Cour de Cassation elle-même a reconnu la légitimité de cet expédient : « La femme qui a deux titres pour exer-« cer le même droit ne commet aucune fraude à la loi « quand elle choisit celui des deux titres qui lui con-« vient le mieux » (1).

(1) Req, rej. 3 juin 1863. — S. 63. 1. 417.

Est-ce que ce résultat, mieux que tous les raisonnements, ne fait pas apparaître le vice qui est à la base du système de la jurisprudence? Si sa théorie traduisait fidèlement la volonté du législateur, est-il croyable que celui-ci eût permis d'éluder aussi facilement les règles qu'il formulait ? Et d'autre part, s'il est vrai que l'enfant gratifié d'un quart en nue propriété, postérieurement à la donation de moitié en usufruit à l'époux, bénéficie du disponible spécial de l'art. 1094, comment n'en bénéficiera-t-il pas s'il est gratifié dans les mêmes conditions en même temps, ou même avant l'époux ?

Si la donation de moitié en usufruit a été faite au cours du mariage, c'est encore plus simple. Le donateur la révoquera pour lui faire prendre rang aussitôt après la libéralité en faveur de l'enfant ou les faire marcher toutes deux de front : ainsi tout sera pour le mieux et les deux libéralités seront entièrement respectées.

Le donateur, tout en faisant une donation de moitié en usufruit, par contrat de mariage, veut-il se réserver le droit de donner plus tard un quart en nue propriété à toute autre personne ? Il suffira d'insérer au contrat une clause que Benech (1) formule ainsi : « Le donateur déclarera qu'il entend ne maintenir le don fait à son époux de l'usufruit de moitié qu'à cette condition qu'il ne sera exécuté que tout prélèvement fait du don ou du legs qu'il pourra faire à un enfant ou à un étranger ». Cette clause est valable, aux termes des art. 1086 et 1093, et le résultat sera de donner le premier rang à la donation du quart en nue propriété.

(1) De la quot. disp. entr. ép. pag. 476.

Nous n'en dirions pas autant de la clause par laquelle le donateur déclare imputer la libéralité de moitié en usufruit sur le disponible de l'art. 1094 et se réserver libre le quart de nue propriété de l'art. 913. Cette déclaration serait sans effet si la loi réglait elle-même l'imputation, ainsi que le prétend la Cour suprême. Le disposant n'a pas le droit d'étendre son disponible au-delà des limites légales (1).

Tels sont les expédients très licites au moyen desquels on peut assurer l'exécution simultanée de deux libéralités également respectables et tourner les effets d'une jurisprudence qui nous ramène à la rigueur du formalisme romain, moins le correctif du droit prétorien.

SECTION III.

Du cas où le disposant laisse deux enfants.

Nous étudions à part cette hypothèse parce qu'on ne peut décider ici, *à priori*, si la quotité disponible entre époux est plus forte ou plus faible que celle du droit commun. Avec l'évaluation de l'usufruit sur les bases de la loi de frimaire, elle serait toujours plus forte, mais nous avons vu que la jurisprudence elle-même reconnaissait les vices de cette évaluation et se déterminait par les circonstances particulières à chaque cause, ce qui est, en somme, la seule méthode rationnelle à employer.

Le disposant qui laisse deux enfants peut donner à un étranger un tiers en propriété (art. 913), et à son époux

(1) En ce sens Demol. op. cit. n° 535.

un quart en propriété et un quart en usufruit ou moitié en usufruit seulement (art. 1094).

Prenons des espèces et faisons l'application des principes qui nous ont guidé jusqu'ici :

Primus donne par contrat de mariage la moitié en usufruit à sa femme. Il meurt laissant deux enfants et lègue à l'un d'eux un quart en pleine propriété. C'est l'espèce même sur laquelle les tribunaux ont eu tout d'abord à se prononcer (1). D'après notre théorie, la donation de moitié en usufruit a frappé le disponible ordinaire en entier, soit pour un tiers et la réserve pour le surplus, soit pour un sixième ; il ne reste donc plus rien de libre en pleine propriété dans le patrimoine et ce n'est que la nue propriété du disponible de droit commun, du tiers au maximum, que le père aura pu attribuer à son enfant.

Dans l'espèce l'enfant n'aura que la nue propriété du quart.

Primus ayant deux enfants lègue par préciput à l'un d'eux tout ce dont il peut disposer en nue propriété et il lègue en même temps à son conjoint l'usufruit de tout ce dont il peut disposer à son profit.

Nous dirons que l'époux prendra, comme dans l'espèce précédente, l'usufruit de la moitié et l'enfant la nue propriété du tiers qui est le disponible du droit commun. Mais ne va-t-on pas nous objecter que notre solution excède à la fois le disponible de l'art. 913 et celui de l'art. 1094 ? et qu'il est de règle que les deux libéralités réunies ne doivent pas dépasser le plus fort disponible ?

(1) Orléans, 4 août 1849. S. 50. 2. 199 et Cass. civ. rej. 12 janv. 1853. S. 53. 1. 71.

Nous répondrons que cette règle n'est écrite nulle part dans la loi. On la formule pour proscrire le cumul, qui est en effet inadmissible, ainsi que nous croyons l'avoir démontré, mais la règle n'a plus de raison d'être quand on veut l'appliquer à la quote d'usufruit que l'art. 1094 permet à l'époux de prendre sur la réserve. Du reste, ainsi que le font remarquer MM. Aubry et Rau, si cette prétendue règle existait « il faudrait en conclure d'une « part que l'époux, qui, ayant deux enfants, a d'abord « donné par préciput à l'un d'eux le tiers disponible, ne « peut plus disposer en faveur de son conjoint d'un si- « xième en usufruit, formant la différence entre le tiers « et la moitié et d'autre part que si le défunt avait légué « à son époux l'usufruit de la moitié de ses biens et à « l'un de ses deux enfants le tiers en nue propriété, les « deux legs devraient subir une réduction proportion- « nelle. Or, ces conséquences seraient manifestement « contraires à l'esprit de la loi, tel qu'il ressort de l'art. « 1094 » (1).

Voilà les solutions logiques, satisfaisantes que nous croyons devoir proposer, mais il s'en faut que nous soyions d'accord avec la jurisprudence.

Sur la première espèce (donation par contrat de mariage de moitié en usufruit au conjoint et legs préciputaire à l'un des deux enfants d'un quart en pleine propriété) la Cour d'Orléans et après elle la Cour de Cassation ont appliqué le procédé de conversion de l'usufruit de la moitié des biens en un quart en pleine propriété qui

(1) Tome VII § 689 p. 266, note 25 *in fine*.

s'impute sur la quotité disponible de l'art. 913 ; il reste donc libre pour le legs fait à l'enfant la différence du quart au tiers, soit un douzième en pleine propriété. Et voilà que, tandis qu'un seul enfant a toujours droit à la pleine propriété de la moitié des biens, la réserve de deux enfants ne comprendra plus que 5/12 de biens libres, résultat manifestement erroné.

La Cour de Paris l'a bien compris et dans une espèce semblable, elle a cru tout concilier en convertissant le douzième de pleine propriété en un sixième de nue propriété ; (1) de sorte que voilà une nouvelle quotité disponible de moitié en usufruit et d'un douzième en propriété ou d'un sixième en nue propriété à côté de celles des art, 913 et 1094.

Tout cela ne prouve-t'il pas l'erreur qui est à la base du système de la jurisprudence ?

Sur la deuxième espèce, les décisions de justice sont tout aussi arbitraires. L'époux qui meurt, laissant deux enfants, a légué à son conjoint l'usufruit de tout ce dont il peut disposer en sa faveur et à l'un des enfants par préciput tout ce qu'il peut lui donner en nue propriété.

Voici comment la Cour de Toulouse, confirmant un jugement du tribunal d'Albi du 26 juin 1861, a interprété, par arrêt du 7 mai 1862 les deux legs dont s'agit :

Ils ne peuvent être cumulés, mais ils peuvent concourir jusqu'à concurrence de la quotité disponible la plus étendue, soit celle de l'art. 1094. L'époux aura l'usufruit de moitié et l'enfant la nue propriété d'un quart.

(1) Paris, 31 mai 1861. D. 63. 2. 91.

La Cour fixe donc la quotité disponible au même taux quand il y a deux enfants que quand il y en a trois ou davantage, contrairement à l'art. 913 ; ensuite, elle fait porter la réduction, qu'elle juge nécessaire, uniquement sur le legs fait à l'enfant, contrairement à l'art. 926.

En somme, la jurisprudence ne nous offre que des décisions peu satisfaisantes, contradictoires même et pleinement arbitraires. C'est une raison de plus pour nous en tenir au système que nous avons présenté et qui a pour nous le grand mérite de respecter la loi et d'être entièrement logique et concordant dans toutes ses déductions.

CHAPITRE II

Concours du disponible de l'art. 1098 avec le disponible ordinaire.

Ce concours se présente lorsque l'époux donateur qui laisse des enfants d'un premier mariage a gratifié à la fois son nouveau conjoint et un étranger ou un enfant par préciput.

Comment règlera-t-on les droits des divers donataires? Il ne peut être question évidemment de cumuler le disponible ordinaire et le disponible de l'art. 1098.

Le disponible de l'art. 1098 n'est pas, à proprement parler spécial ; comme le disponible des art. 913 et 915, il est fixé en pleine propriété, il y a identité de nature entre eux. La mesure seule diffère, car le disponible de l'art. 1098 est toujours inférieur à celui du droit com-

mun, sauf dans un cas, celui où le disposant laisse trois enfants dont un au moins du premier lit : les disponibles sont alors fixés tous deux au quart en propriété..

Il n'y a donc, en réalité, qu'un seul disponible sur lequel s'imputent les libéralités que l'époux fait soit à son conjoint, soit à l'étranger.

Les questions qui peuvent naître du concours sont, dès lors, bien moins délicates que celles que nous avons étudiées dans le chapitre précédent.

Le principe est facile à formuler :

Quelles que soient les dates des libéralités faites au nouvel époux ou à l'étranger, elles s'exécuteront intégralement, pourvu que :

1° L'ensemble des libéralités ne dépasse pas le disponible du droit commun ;

2° La donation faite au conjoint n'excède pas les limites de l'art. 1098.

Si, avant son nouveau mariage, l'époux a déjà fait des libéralités, il faut voir si elles ont ou non épuisé le disponible ordinaire. Dans le premier cas, l'époux ne peut plus rien donner à qui que ce soit, pas plus à son nouvel époux qu'à tout autre. Dans le second cas, il pourra disposer en faveur de son nouvel époux de ce qui reste libre sur le disponible ordinaire, mais sans excéder toutefois les bornes de l'art. 1098.

Si le veuf qui se remarie n'a pas encore touché à son disponible ordinaire il peut, par contrat de mariage, faire une donation à son nouveau conjoint.

Cette donation est-elle dans les limites de l'art. 1098 ? Le disposant pourra encore gratifier un étranger de la

différence entre le disponible de l'art. 1098 et celui du droit commun.

La première libéralité est-elle excessive ? Le nouveau gratifié pourra néanmoins conserver son don ou réclamer son legs, comme si la première donation avait été faite dans les limites légales et les réservataires seront obligés de faire droit à sa demande, sauf à faire réduire la première libéralité (voir supra 2e partie Ch. 1. section 1°).

La seule question vraiment intéressante qui peut se présenter ici résulte de ce que le nouvel époux ne pouvant recevoir qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, la donation, même faite par contrat de mariage à ce nouvel époux, pourra être diminuée par une disposition qui cependant ne portera pas atteinte à la réserve des enfants. Nous parlons d'une donation faite par contrat de mariage, car les donations faites pendant le mariage étant toujours révocables (art. 1096) il va de soi que nous admettrions sans difficulté que le donateur a pu réduire l'émolument de la donation faite à son nouvel époux en disposant ultérieurement au profit d'un étranger. Plaçons-nous donc dans l'hypothèse d'une donation irrévocable de sa nature. « Le conflit paraît fla-
« grant entre deux principes également certains, savoir :
« celui qui exige que l'on respecte dans toute son éten-
« due la quotité disponible et celui qui protège l'irrévo-
« cabilité des donations. (1)

Primus, par contrat de mariage, a fait don à sa nouvelle épouse d'une part d'enfant.

(1) Demol. t. VI n° 569.

Plus tard, il lègue à l'un de ses enfants par préciput le surplus de la quotité disponible ordinaire. Le nouvel époux pourra-t-il, au décès du disposant, prétendre que donner effet au legs préciputaire, c'est porter atteinte à l'irrévocabilité de la donation faite à son profit? Nous ne le pensons pas et nous concluons sans hésiter à la validité et à la pleine efficacité du legs préciputaire.

Qu'a donné le disposant? Une part d'enfant le moins prenant. Donc, tout ce qui, dans l'avenir, vient diminuer la part d'un enfant, diminue nécessairement l'avantage fait au conjoint.

La part d'enfant ne peut être déterminée qu'au décès du disposant ; c'est un avantage variable, susceptible de plus et de moins et pouvant subir le contre-coup de dispositions ultérieures faites dans les limites du droit commun.

Il y a, en outre, une question d'interprétation de la volonté du disposant et il n'est pas admissible que celui-ci, en donnant cette part d'enfant, ait entendu s'interdire de faire à l'avenir une libéralité quelconque dans les limites du disponible de droit commun.

D'autant qu'en acceptant la prétention du nouvel époux, il faudrait nécessairement conclure que le disposant n'a plus eu le droit de faire la plus minime donation, le legs le plus insignifiant.

Ces principes ont été appliqués justement par la Cour de Paris dans une espèce où le nouvel époux, donataire d'une part d'enfant par contrat de mariage, voulait que pour calculer la part d'enfant le moins prenant à laquelle

il avait droit, les sommes léguées par préciput fussent réunies à la masse.

« Attendu, dit l'arrêt, que si la femme pour faire « fixer cette part d'enfant, peut exiger le rapport des « dons et legs faits par son mari, elle ne peut néanmoins « demander ce rapport qu'autant que les enfants eux- « mêmes auraient droit de l'exiger et qu'elle n'est pas « fondée à critiquer les dispositions de son mari toutes « les fois que sa portion se trouve être équivalente à « celle revenant à un des enfants, réduit à sa portion « dans la quotité non disponible.....

« Attendu que, bien que la donation faite par Guil- « beau à sa seconde épouse fut irrévocable et antérieure « au testament, cependant le droit résultant de cette do- « nation en faveur de la veuve Guilbeau ne pouvait être « fixé qu'à la mort de son mari puisque, seulement à « cette époque, il devenait possible de déterminer la part « d'enfant. » (1)

Mais la question devient plus grave et véritablement délicate si l'époux qui se remarie fait une donation irrévocable à son conjoint en biens présents.

Primus, ayant des enfants d'un premier lit, donne à sa nouvelle épouse par contrat de mariage une valeur de 30,000 fr. en biens présents. Il meurt laissant six enfants, tant du premier que du second lit, et, en l'état d'un testament contenant un legs de 20,000 fr. au profit d'un étranger. Les biens existant au décès s'élèvent à 180,000 fr. Le legs sortira-t-il à effet ?

(1) Paris 19 juillet 1833. S. 33. 2. 397.

Remarquons d'abord que s'il n'y avait pas eu de testament, la donation faite à la femme était dans les limites de l'art. 1098, car les 30,000 francs qu'elle comprend joints aux 180,000 existant au décès, donnent au total 210,000 francs sur lesquels la femme considérée comme un enfant de plus a droit à un septième, soit précisément 30,000 francs.

Remarquons d'autre part que la donation et le legs réunis ne dépassent pas le disponible de l'art. 913 qui, calculé sur 210,000 francs est de 52,500 francs. L'ensemble des libéralités est, au contraire, inférieur au disponible de droit commun.

En l'état, le légataire demande la délivrance de son legs. Nous croyons qu'il doit l'obtenir. Mais alors, objecte-t-on, il n'y aura plus à partager entre les six enfants et la femme que 190,000 francs, sur lesquels la veuve ne pourra prétendre qu'un septième, soit moins de 30,000 francs et, par conséquent, la donation qui lui a été faite par contrat de mariage est partiellement révoquée, contrairement à la loi.

Le principe de l'irrévocabilité n'est pas respecté, c'est certain ; et, cependant, nous maintenons notre solution. C'est encore la meilleure, croyons-nous.

D'une part, ainsi que l'observe très judicieusement M. Colmet de Santerre (1), le principe de l'irrévocabilité est moins rigoureusement appliqué dans les donations par contrat de mariage que dans les donations ordinaires, puisque les conditions potestatives de la part du do-

(1) Tome IV, n° 278 bis, VII.

nateur y sont admises. Dès lors, en recherchant la volonté du donateur dans cette donation de biens présents faite à son nouveau conjoint, ne peut-on pas légitimement admettre qu'il n'a pas entendu se priver à jamais de la faculté de disposer dans les limites du droit commun? N'est-il pas naturel de présumer que les biens donnés constituaient dans sa pensée le maximum du droit qu'il conférait à son nouvel époux, le minimum devant être égal à la réserve des enfants?

D'autre part, la solution contraire ne nous éviterait pas le reproche de violer les textes et les principes puisqu'elle nous amènerait à décider, contrairement à l'art. 913, qu'un homme laissant des enfants n'a pas pu valablement disposer du quart de ses biens.

En somme, il n'y aurait aucune base juridique pour faire réduire le legs ; il devra donc sortir à effet (1).

CHAPITRE III.

Concours du disponible de l'article 1094 avec le disponible de l'article 1098.

Les hypothèses que nous avons examinées jusqu'ici en étudiant, soit la combinaison de l'art. 1094 avec les art. 913 et 915, soit la combinaison de l'art. 1098 avec le disponible du droit commun, sont d'une application fréquente.

(1) En ce sens Demol., t. VI, n° 569.

Nous allons envisager ici une situation beaucoup plus anormale : Celle où les disponibles spéciaux entre époux vont se trouver en présence l'un de l'autre. M. Demolombe, qui passe cette question sous silence dans son édition de 1868, l'examine dans l'édition suivante, en raisonnant dans une espèce sur laquelle il avait été consulté (1).

D'une façon générale, la question peut se formuler ainsi : Quel est le disponible maximum d'une personne qui, s'étant mariée deux fois et laissant des enfants du premier lit, a disposé successivement au profit de ses deux conjoints ?

On a essayé de prétendre que c'était le disponible de l'art. 913 qui devait former le maximum des libéralités faites successivement aux deux époux ; que, dans ces limites, elles seraient pleinement valables pourvu que chacun des conjoints gratifiés ne reçût rien au delà de la quotité qui lui est propre.

Cette prétention peut-elle se concilier avec les constatations faites au cours de cette étude, à savoir : que le premier époux donataire en présence d'étrangers, voit sa situation réglée uniquement par l'art. 1094 ; que le second ou subséquent époux est soumis dans le même cas à la règle de l'art. 1098, les art. 913 et 915 restant toujours étrangers au règlement de leurs droits.

Cela ne conduit-il pas « à ce résultat profondément « illogique que le disponible de l'art. 913 qui n'est le « disponible ni à l'égard du premier époux, ni à l'égard

(1) D. et T., t. VI, n° 537 bis.

« du second époux, deviendrait néanmoins le disponi-
« ble à l'égard des deux époux réunis ? » (1).

On a néanmoins soutenu ce système en disant que si on invoque l'art. 913 qui concerne les libéralités faites aux étrangers, c'est parce que, au regard de chacun des conjoints gratifiés, l'autre conjoint n'est qu'un étranger.

Mais, outre, qu'au regard du disposant il n'en est plus ainsi, il faut opter entre deux solutions contradictoires (2). Le second donataire ne peut pas à la fois dénier au premier sa qualité de conjoint pour réclamer dans leurs rapports réciproques l'application de l'art. 913 et prétendre ensuite que la qualité de conjoint dans la personne du premier donataire s'oppose à ce qu'il reçoive au-delà de la quotité de l'art. 1094. C'est l'un ou l'autre.

Si le premier gratifié n'est qu'un étranger au regard du second, c'est l'art. 913 qui doit être appliqué et le résultat sera peut-être que la première donation aura absorbé tout le disponible et que, par suite, la seconde sera complètement anéantie par l'exercice de l'action en réduction.

Mais il ne nous paraît pas soutenable d'aller chercher ailleurs que dans les art. 1094 et 1098 eux-mêmes la solution du conflit.

C'est pour tous les cas, envers et contre tous, que ces articles fixent entre époux un disponible spécial et exceptionnel. Les textes qui limitent les libéralités entre époux seront toujours : vis-à-vis d'un premier conjoint,

(1) Demol. D. et T., t. VI, n° 537 bis (7).
(2) *Ibid.*

l'art. 1094 ; vis-à-vis d'un second ou subséquent époux, l'art. 1098.

Il faut donc résolument écarter l'application de l'art. 913 du règlement des donations faites successivement à plusieurs époux et s'attacher uniquement aux art. 1094 et 1098.

Qu'on ne puisse cumuler les deux disponibles qu'ils établissent, cela nous paraît évident.

Ils ne peuvent pas plus être cumulés entre eux qu'ils ne peuvent l'être, l'un ou l'autre, avec le disponible des art. 913 et 915, car ce cumul pourrait, ici encore, gravement préjudicier à la réserve.

Il faut donc concilier, combiner, si faire se peut, les deux disponibles exceptionnels. Au point où nous en sommes, il n'y a que deux partis à prendre pour arriver à cette conciliation :

Ou on décidera que, du moment que l'époux qui a des enfants d'un premier lit a disposé d'un quart en propriété au profit de son premier conjoint, il ne peut plus rien donner au second conjoint ; ou bien, on prendra pour maximum le disponible de l'art. 1094, de telle sorte que si ce disponible n'a pas été épuisé par la libéralité faite au premier époux, le second conjoint pourra bénéficier de ce qui restera libre, sans qu'il puisse jamais excéder, bien entendu, les limites de l'art. 1098.

Nous adoptons cette dernière solution ; elle est beaucoup plus favorable que la première et très juridique en même temps. En présence de réservataires, l'art. 1094 fixe le maximum de la quotité disponible entre

époux. Pour une situation particulière, l'art. 1098 vient réduire ce maximum, mais pourvu que ce texte soit respecté, que la libéralité faite au second époux ne dépasse pas cette quotité réduite, rien ne s'oppose à la pleine efficacité des deux donations. « Cette interpréta-« tion offre l'avantage très considérable de ne pas en-« chaîner la liberté de l'époux en présence d'une quotité « disponible non encore épuisée » (1).

CHAPITRE IV

De la réduction lorsque l'époux donateur a disposé à la fois au profit de son conjoint et en faveur d'un étranger.

Nous avons étudié (1re partie, chap. 3), les règles de la réduction dans le cas où le disposant a gratifié seulement son conjoint.

Nous venons de rechercher et d'établir dans notre deuxième partie la combinaison la plus juridique dans les différents cas de concours des disponibles exceptionnels avec le disponible ordinaire.

Pour compléter cette étude du concours des disponibles, nous devons maintenant préciser de quelle manière on doit procéder à la réduction, quand il y a lieu, des disposition en faveur de l'époux et des dispositions en faveur de l'étranger.

Deux hypothèses peuvent se présenter :

(1) Demol. D. et t. t VI n° 537 bis (10 *in fine*).

Première Hypothèse. — Les dispositions en faveur de l'époux et en faveur de l'étranger ont été faites successivement. Ici, pas de difficultés. Quel que soit le système qu'on adopte sur le concours des disponibles, on est unanime à reconaître qu'il y a lieu d'appliquer purement et simplement les règles du droit commun contenues dans les art. 923 et 925 du Code Civil. Si les dispositions entre vifs excèdent la quotité disponible, toutes les libéralités testamentaires seront caduques et les donations entre vifs seront réduites par ordre de dates en commençant par la plus récente pour être ramenées au chiffre que le disposant n'avait pas le droit de dépasser.

Notons seulement que si les libéralités faites à un étranger ou à un enfant par préciput excèdent le disponible ordinaire, l'époux gratifié pourra demander la réunion de l'excédant à la masse d'après laquelle le *quantum* de ses droits, doit être déterminé. Nous ne disons pas que l'époux pourra profiter des biens retranchés ; sa qualité de donataire s'y oppose (art. 921) ; c'est fictivement que la réunion à la masse aura lieu. C'est, en somme, un procédé de calcul.

Deuxième Hypothèse. — Les dispositions en faveur de l'époux et en faveur de l'étranger sont concomitantes ; elles sont contenues dans le même acte de donation entre vifs ou faites par testament. Nous supposerons, pour plus de simplicité, que chacune de ces libéralités n'excède pas ses limites particulières, et que la nécessité de la réduction ne provient que de leur

concours. C'est ici que la question devient grave et le problème compliqué.

Doit-on, par une opération unique, réduire toutes les dispositions simultanément et proportionnellement d'après le plus fort disponible ?

Ou bien faut-il faire plusieurs opérations, de telle sorte que la libéralité du conjoint et celle de l'étranger soient réduites, chacune d'après sa quotité respective ?

Plusieurs systèmes ont été proposés :

Le premier, qui a été presenté par Toullier (1), a au moins le mérite de la simplicité.

Toullier enseigne qu'il faut purement et simplement appliquer l'art. 926. Il commence par évaluer en propriété les dispositions qui sont faites en usufruit afin d'avoir, ce qui est indispensable, une masse composée de biens de même nature et fait ensuite la réduction au marc le franc.

Prenons un exemple et faisons l'application de ce système :

Primus laisse, à son décès, 4 enfants et une fortune de 36,000 fr. Il a légué à sa femme un quart en propriété et un quart en usufruit, à un étranger un quart en propriété. Supposons que l'usufruit est estimé valoir moitié de la propriété. Nous dirons : le testateur a légué à sa femme 3|8 ou 13.500 francs, à l'étranger 2|8 ou 9,000 fr. ; ensemble : 22.500 fr. Le disponible maximum (un quart en propriété et un quart en usufruit) est de 13.500 fr. ; l'excédant des deux legs est, par suite

(1) D. C. F, t. V, n° 872.

de 9.000 fr., somme dont ils doivent être proportionnellement réduits. En définitive, la femme aura droit à 8.100 fr., l'étranger à 5.400 fr. L'étranger recevra ses 5.400 fr. en propriété, la femme recevra d'abord 3.600 fr. en propriété, ce qui fait ensemble 9.000 fr., chiffre égal à celui dont le *de cujus* pouvait disposer en propriété, et ensuite 9.000 fr. en usufruit, montant du second quart qui ne figure dans ses droits réduits que pour 4.500 fr. puisqu'il a été évalué en propriété (1).

Mais la disposition de l'art. 926 ne suppose-t-elle pas que les libéralités qui doivent être réduites sont toutes de même nature et que tous les légataires ont des droits égaux sur les valeurs à distribuer? Evidemment, oui; aussi le système de Toullier nous paraît-il inadmissible. « Quand le disponible est différent pour chacun des « deux légataires, dit très justement Marcadé (2), on « ne peut pas procéder comme s'il était le même pour « tous les deux ». L'étranger ne pouvait recevoir, dans l'espèce ci-dessus qu'un quart au maximum. Qui ne voit que l'admettre sur le même pied que l'époux qui a droit à un quart et demi, c'est le favoriser illégalement ; c'est lui donner en définitive, plus que sa part, au détriment de l'époux!

Le second système professé par Delvincourt (3), enseigne formellement que l'on doit « regarder les deux « donataires comme concourant entre eux jusqu'à con- « currence de la quotité disponible qui leur est com-

(1) Comp. Coin. Delisle, art. 1094 n° 18 — Troplong, t. IV, n°s 2614 à 2619.
(2) C. Civ. t. IV, n° 373.
(3) C. Civ. t. II, tit. IV, Ch. I^er^, Sect. 3, § 1, note 6 p. 436.

« mune et que le surplus appartient à celui en faveur « duquel la plus grande disponibilité est établie ».

Ainsi, en reprenant l'espèce ci-dessus et en admettant toujours, par hypothèse, que l'usufruit vaut moitié de la propriété, on dira : Le disponible commun aux deux légataires (un quart), est de 9.000 fr. Sur cette base, la femme légataire de 13.500 fr. et l'étranger, légataire de 9.000 fr. seront réduits proportionnellement et recevront : la femme 5.400 fr. et l'étranger 3.600 fr. La femme prendra, en plus, à elle seule, le quart en usufruit, soit 9.000 francs.

Ce système contient une grande part de vérité en ce sens qu'il faut effectivement ne faire la réduction proportionnelle de tous les legs que d'après le disponible commun à tous, c'est-à-dire, le plus faible, l'excédent devant être exclusivement attribué aux légataires du disponible le plus fort, mais il péche d'un autre côté. Tout à l'heure, avec le premier système, on donnait trop au légataire de la plus petite quotité puisqu'on l'appelait au partage sur ce qui était indisponible quant à lui ; avec le second système, c'est en faveur du légataire de la plus forte quotité que l'équilibre est rompu.

En effet, non seulement on attribue exclusivement à ce légataire ce qui n'est disponible que pour lui, le quart d'usufruit, mais encore on le fait concourir sur le disponible commun pour un chiffre qui comprend ce même quart d'usufruit évalué.

Il y a un double emploi évident.

Le troisième système professé par Marcadé (1) part du

(1) t. IV, nos 374, 375.

même principe que le second, mais corrige ce qu'il y a de défectueux dans le calcul de Delvincourt en faisant observer que, puisqu'on suppose pour un moment que le disponible le plus faible est le maximum, il faut, pour ne pas donner trop dans le premier calcul au légataire du disponible le plus fort, faire subir momentanément un changement proportionnel au chiffre de son legs et supposer pour un instant que ce legs ne dépasse pas le plus faible disponible.

Si nous faisons à notre espèce l'application de ce système, nous dirons : Le disponible commun est le quart, soit 9.000 fr. La femme légataire d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit va être momentanément supposée n'avoir reçu qu'un legs d'un quart en propriété. Elle est en concours avec l'étranger également légataire d'un quart en propriété : la réduction proportionnelle leur donne 4.500 fr. à chacun. La femme obtiendra ensuite son quart en usufruit qui viendra s'ajouter au huitième reçu en pleine propriété.

Ce système peut se résumer ainsi : « Prendre momen-
« tanément comme base de la réduction le disponible le
« plus faible pour toutes les libéralités, même pour
« celles qui ont droit au disponible le plus fort, mais
« avoir soin d'imprimer momentanément aussi à ces
« dernières libéralités une diminution proportionnelle à
« celle que l'on donne à leur disponible ; quand la ré-
« duction est opérée sur cette base entre toutes les libé-
« ralités, le résultat définitif pour ceux qui n'ont droit
« qu'au plus petit disponible, et provisoire seulement
« pour les autres, se complète en partageant entre ces

« derniers la part de disponible qui ne se trouve pas « encore employée (1) ».

La différence des résultats est sensible entre les trois systèmes. Dans notre espèce, le premier système donne à la femme 3.600 fr. en propriété, plus le quart en usufruit ; à l'étranger, 5.400 en propriété — le deuxième système donne à la femme 5.400 fr. en propriété plus le quart en usufruit ; à l'étranger, 3.600 fr. en propriété — le troisième système donne à la femme 4.500 fr. en propriété, plus le quart en usufruit et à l'étranger, 4.500 fr. en propriété. La femme reçoit plus que dans le premier système et moins que dans le second.

M. Boutry (2) trouve le troisième système seul exact, seul conforme au principe que l'augmentation de disponible ne doit profiter qu'au donataire en faveur de qui elle est établie ; toutefois (3), il propose une utile simplification qui lui a été suggérée, dit-il, par une personne dont il n'est pas autorisé à révéler le nom. Voici en quoi consiste cette simplification : M. Boutry fait observer que le système de Marcadé, outre qu'il repose sur une fiction gênante, nécessite comme les autres une estimation de l'usufruit, ce qu'il serait préférable d'éviter. « On re- « médierait à ce double inconvénient en distinguant dans « la libéralité faite au donataire le plus favorable, la por- « tion qu'il peut seul recevoir, soit en propriété, soit « en usufruit, *pour la prélever réellement* à son profit « exclusif ; on procèderait ensuite à la réduction pro-

(1) Marcadé — loc. sup. cit.
(2) Essai sur l'histoire des Don. ent. ép. et leur état n°s 497 et suiv.
(3) *Ibid.* n° 494.

« portionnelle d'après le plus faible disponible devenu « réellement commun ; la somme de ce que lui laisse- « rait cette réduction jointe à ce qui a été prélevé à son « profit, serait exactement ce qu'il doit conserver de la « libéralité (1) ».

Cette simplification est fort judicieuse. M. Boutry reconnaît cependant qu'elle n'empêche pas toujours les estimations d'usufruit.

Ainsi, le disposant ayant laissé trois enfants communs, a légué à son conjoint moitié en usufruit et à l'étranger un quart en propriété. L'époux prélèvera le quart d'usufruit qui porte sur la réserve et qui n'est disponible que pour lui. Sur le disponible commun, un quart en propriété, l'époux viendra pour son second quart d'usufruit et l'étranger pour son quart de propriété. Il faudra donc nécessairement évaluer l'usufruit pour procéder à la réduction proportionnelle que commande l'art 926.

« Tout se passera, dès lors, comme entre deux léga- « taires étrangers, car en tant que l'époux concourt avec « des légataires étrangers sur la quotité disponible ordi- « naire, il n'est lui-même qu'un étranger. » (2)

Du reste, cette évaluation d'usufruit devra être faite eu égard à l'âge, à l'état de santé de l'époux, et aux autres circonstances particulières de la cause.

Faisons l'application du système de M. Boutry en parcourant les principales hypothèses qui peuvent se présenter ; ce sera la meilleure démonstration de l'avantage de sa méthode.

(1) Boutry op. cit. n° 504.
(2) Demol. op. cit. t. VI n° 540.

I. — Le disposant laisse un enfant d'un premier lit. Il a légué un quart en propriété à son nouvel époux et moitié en propriété à un étranger. Les deux disponibles ne diffèrent ici que par la quotité. Cependant, dans l'ensemble, les deux dispositions ne doivent pas dépasser la moitié des biens ; d'où nécessité de réduire. Nous commencerons par prélever en faveur de l'étranger un quart que lui seul pouvait recevoir. Sur l'autre quart resté libre, l'étranger et le nouvel époux ont des droits égaux. Ils subiront une réduction proportionnelle qui diminuera leur émolument de moitié. En définitive, l'étranger obtiendra un quart et demi, soit trois huitièmes et le nouvel époux la moitié d'un quart, soit un huitième, la réunion de ces chiffres formant la moitié disponible.

II. — Le disposant laisse trois enfants communs. Il a légué à son époux un quart en propriété et un quart en usufruit ; à l'étranger un quart en propriété. La réduction s'impose. Comment procéderons-nous? Pour le quart d'usufruit qui porte sur la réserve, l'époux jouit d'un disponible exceptionnel. Pour le surplus de son legs, son disponible est le disponible ordinaire.

L'époux prélèvera, en conséquence, son quart d'usufruit ; pour le quart en propriété, il viendra en concours avec l'étranger, et, par suite de la réduction proportionnelle, ils le partageront par moitié.

III. — Le disposant laisse un ascendant dans chaque ligne. Il lègue à son époux, moitié en propriété et moitié en usufruit ; à l'étranger, moitié en propriété.

Nous ferons la réduction toujours en vertu du même principe. Nous dirons : L'usufruit portant sur la réserve des ascendants n'est disponible qu'en faveur de l'époux ; il doit donc le prélever. Dans la limite où il est institué en propriété, au contraire, l'époux est sur le même pied que l'étranger ; le disponible est exactement le même pour tous deux (art. 1094 al. 1). Par conséquent, la réduction opérée proportionnellement leur donnera un quart en propriété à chacun ; l'époux aura, en plus, l'usufruit prélevé.

Ce système est simple, rationnel, équitable et nous paraît traduire mieux que les précédents la volonté du législateur ; aussi croyons-nous devoir le suivre.

Il se résume d'un mot : Dans toutes les hypothèses où le concours des disponibles rendra la réduction nécessaire, prélèvement sera fait par l'un ou l'autre des gratifiés de ce qui forme un disponible spécial en sa faveur, soit comme nature de libéralité, soit comme quotité. Ensuite, sa part étant diminuée d'autant, les deux libéralités se trouveront ramenées tout naturellement sur un terrain commun et la réduction proportionnelle ordonnée par l'art 926 se fera sans difficulté.

M. Troplong, (1) qui adopte le système de Toullier, prétend le justifier par la considération suivante :

« Oublie-t-on que l'admission de tous les légataires au « disponible le plus élevé est précisement fondée sur « l'intention du testateur d'accorder à tous une égale « faveur ? » (2) Dans le numéro suivant, l'auteur indique

(1) Loc. sup. cit.
(2) Ibid. n° 2617.

que les arrêts ne donnent aucune lumière sur ce point la question ne s'étant pas posée devant les Cours de manière à nécessiter une solution.

N'est-il pas curieux de remarquer que le premier arrêt de la Cour suprême, qui a fondé la jurisprudence en notre matière, a été rendu sous la présidence de M. Troplong lui-même et a condamné très nettement la théorie qu'il professe dans son ouvrage ? Cet arrêt (1) très bien motivé a été rendu sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Blanche que nous avons déjà eu l'occasion de citer à un autre point de vue.

Nous l'analyserons succinctement : une femme, par contrat de mariage, avait fait donation à son mari de l'usufruit de tous ses biens. Cette donation s'était trouvée réduite à moitié par suite de l'existence d'un enfant au décès de la donatrice. Celle-ci avait fait, en outre, des dispositions testamentaires en toute propriété, au profit de son mari et d'étrangers, de sorte que les deux disponibles des articles 913 et 1094 étaient excédés.

La réserve était d'ailleurs hors de toute atteinte et le débat s'élevait seulement sur le point de savoir comment on procèderait à la réduction de ces diverses libéralités. La Cour d'Orléans, par arrêt du 15 février 1867, décida que les légataires étrangers devraient d'abord *prélever* un quart de la nue propriété pour eux seuls et que l'autre quart disponible devrait être partagé entre ces mêmes légataires, s'ils n'étaient pas remplis de leurs droits, et le mari, chacun au prorata de son legs.

(1) Cas. civ. 4 janv. 1869. S. 69. 1. 145.

Sur le pourvoi, on soutenait que le système adopté par la Cour d'Orléans introduisait dans l'opération de la réduction deux masses distinctes, tandis que l'art. 926 prescrit de n'en former qu'une. On ajoutait que les règles de la réduction sont, avant tout, communes à tous les gratifiés ; que le mari légataire devait être admis à concourir sur la moitié disponible de la nue propriété des biens de la succession pour obtenir une fraction proportionnelle à l'importance de son legs, sauf à ne lui délivrer au maximum, qu'une portion égale au quart disponible en sa faveur ; qu'ainsi l'art. 1094 était pleinement respecté. On ajoutait enfin, en s'emparant de la théorie de M. le premier Président Troplong, qu'en matière de legs et de donation simultanées au moins, les principes de la réduction sont basés sur la volonté présumée du *de cujus*. Or, si un époux dépasse en faveur de son conjoint les limites de l'art. 1094, il doit être présumé avoir voulu au moins les atteindre. M. l'avocat général Blanche conclut au rejet du pourvoi. Il démontre, en ces termes, que l'art. 926 n'est pas violé par la décision de la Cour d'Orléans :

« Ce moyen n'est pas mieux fondé que les autres. Sans « doute l'art. 926 dispose que, dans le cas où les libéra- « lités testamentaires excèderont soit la quotité dispo- « nible, soit la portion de cette quotité qui resterait, « après avoir déduit la valeur des donations entre vifs, « la réduction sera faite au marc le franc sans aucune dis- « tinction entre les legs universels et les legs particuliers ; « mais cet art., en disposant ainsi, considère que tous « ceux qui prendront part aux biens héréditaires ont « tous *des droits égaux* sur les valeurs qui seront mises

« en distribution. Dès lors, il est tout naturel que l'on « fasse une seule masse de tous les biens et que chacun « des légataires vienne sur cette masse au marc le franc « et au prorata de son legs. Mais cette disposition cesse « évidemment d'être applicable lorsque, comme dans « l'espèce, parmi les légataires, il y en a qui ont droit à « tout ce qui reste disponible et d'autres qui n'ont droit « qu'à une partie de ce disponible. Dans ce cas, ceux « qui ne peuvent prendre part qu'à une certaine partie « du disponible ne peuvent pas exercer leur marc le « franc sur les biens placés par la loi en dehors et au « delà de leurs droits. Il faut nécessairement alors, « comme la Cour d'Orléans l'a jugé, que la partie du dis- « ponible, qui ne peut être attribuée qu'à certains léga- « taires, appartienne exclusivement à ceux-ci. »

La Cour, après délibération en chambre du conseil, rendit un arrêt de rejet ainsi motivé :

« Attendu que, déduction faite de la donation qui « attribuait au demandeur l'usufruit de la moitié des « biens de son épouse, celle-ci pouvait encore disposer « dans les limites des art. 913 et 1094 du C. Civ., de « la moitié de la nue propriété de ses biens, savoir : soit « de ladite moitié en faveur de légataires étrangers, soit « d'une fraction quelconque de ce restant disponible à « leur profit et d'une autre fraction au profit de son con- « joint ; qu'en pareille hypothèse, ce dernier n'a rien à « prétendre dans le restant disponible, en dehors de la « fraction qui, ajoutée à l'usufruit de la moitié des biens, « atteindrait la limite extrême de l'art. 1094, tandis « que les libéralités testamentaires en faveur des léga-

« taires étrangers étendent leur effet sur tout le restant « disponible, dans les termes de l'art. 913; qu'ainsi, « dans le concours du mari et des étrangers légataires, « en présence d'un enfant unique, la fraction du dispo- « nible qui excède la mesure fixée par l'art. 1094 et, « sur laquelle, par conséquent le mari n'a aucun droit, « doit être prélevée par les légataires étrangers, les- « quels, s'ils ne sont pas remplis de leur legs par ce « prélèvement, peuvent, pour le surplus, concourir au « marc le franc avec le demandeur; d'où il suit..... »

On le voit, la Cour suprême décide nettement que le légataire du plus fort disponible doit prélever ce qui est inaccessible à l'autre gratifié et que tous les légataires viendront ensuite partager le disponible le plus faible, conformément à la règle de l'égalité proportionnelle déposée par le législateur dans l'art. 926.

Elle consacre très formellement, et nous sommes heureux de le constater, l'opinion que nous avons présentée comme la plus satisfaisante et la plus juridique.

POSITIONS

—

Droit Romain

1. — La défense faite au mari d'hypothéquer le fonds dotal ne résulte pas de la loi Julia.
2. — Malgré l'affirmation des Institutes, il n'existe pas de contrat *litteris* sous Justinien.
3. — La chose léguée n'est pas *res nullius* jusqu'à l'acceptation du légataire.
4. — Les pactes engendrent des obligations naturelles.
5. — Le défendeur absous qui paye par erreur après la sentence d'absolution n'a pas toujours la *condictio indebiti*.

Droit Civil Français

1. — L'enfant, qui vient à la succession par représentation, ne doit rapporter que les libéralités faites au représenté.
2. — L'héritier renonçant ne compte pas pour le calcul de la réserve.
3. — Le défaut de transcription ne peut être opposé par les héritiers du donateur.
4. — La revendication accordée par l'article 2102, 4° al. 2 est basée sur un droit de rétention tacite.
5. — La séparation des patrimoines ne crée pas un véritable privilège.

Droit International Public

1. — Les traités qui ont cessé de s'appliquer pendant la guerre ne renaissent pas de plein droit au retour de la paix.
2. — Un Etat étranger n'est pas justiciable des tribunaux français à raison des obligations par lui contractées envers un Français.

3. — Le droit de conservation et de défense ne peut justifier les rescrits de l'empereur d'Allemagne des 22 et 23 mai 1888.

Enregistrement

1. — Le droit de mutation par décès peut être réclamé à la succession elle-même.
2. — Le droit de transcription n'est pas dû sur un partage présenté à la formalité de la transcription par un cohéritier.
3. — Une servitude constituée par voie d'échange ne donne pas lieu à la perception du droit de transcription.

Vu par le professeur président de la Thèse,

A. PISON.

Vu, pour le Doyen,

L'ASSESSEUR,

G. BRY.

Vu et permis d'imprimer

LE RECTEUR,

BELIN.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

Des Donations entre époux

Pages

Introduction..... 1

PREMIÈRE PARTIE

Législation antérieure au S. C. Emilien..... 5

CHAPITRE I

Origine et motifs de la prohibition..... 5

CHAPITRE II

Etendue de la prohibition..... 8

Section I. — A quelles personnes s'appliquait la prohibition..... 8

Section II. — A quels actes s'appliquait la prohibition..... 18

§ 1. — Donations prohibées..... 22

§ 2. — Donations permises..... 39

CHAPITRE III

Sanction de la prohibition..... 50

§ 1. — Donations par voie de dation..... 50

§ 2. — Donations par voie d'obligation..... 64

§ 3. — Donations par voie de libération..... 68

DEUXIÈME PARTIE

Législation postérieure au S. C. Emilien..... 71

CHAPITRE I

Modifications apportées au droit des donations entre époux par le S. C. Emilien..... 72

CHAPITRE II

Etendue d'application du S. C. Emilien..... 82
Section I. — Quelles personnes régissait-il ?..... 82
Section II. — Quels actes embrassait-il ?..... 85
Section III. — Dans quels cas se recontrait-il des obstacles à son application ?..... 91
I. — Le donateur s'est repenti..... 91
II. — Il a survécu au donataire 94
III. — Les époux ont divorcé 97
IV. — Les époux ont été pris par l'ennemi..... 98
V. — Autres obstacles 101

APPENDICE

Des restrictions apportées aux donations entre époux dans les secondes noces..... 105

ANCIEN DROIT

Section I. — Droit écrit..... 114
Section II. — Droit coutumier (AVANT-PROPOS)..... 116
§ 1. — Législation des coutumes..... 118
§ 2. — Edit des secondes noces..... 122
Premier chef..... 124
Second chef..... 127
Droit intermédiaire..... 129

DROIT FRANÇAIS

—

De la quotité disponible entre époux

—

Avant-Propos 135
Introduction..... 141

PREMIÈRE PARTIE

De la quotité disponible entre époux soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage..... 153

CHAPITRE I

Quotité disponible entre époux n'ayant pas d'enfants d'un précédent mariage..... 153
Section. I — Les réservataires sont des ascendants 155
Section II. — Les réservataires sont des descendants..... 159
Appendice..... 179
Observation..... 182

CHAPITRE II

Quotité disponible entre époux quand le donateur ou le testateur a des enfants d'un précédent mariage..... 184
Section I. — Dans quel cas l'article 1098 est applicable..... 187
Section II. — Du disponible spécial de l'article 1098 190

CHAPITRE III

De la réduction lorsque l'époux donateur n'a disposé qu'au profit de son conjoint..... 197
Section I. — De la réduction dans le cas de l'article 1094..... 200
Section II. — De la réduction dans le cas de l'article 1098..... 205
§ 1. — Quelles libéralités sont réductibles..... 205
§ 2. — Qui peut agir en réduction..... 209

CHAPITRE IV

Des précautions prises par la loi pour faire respecter les règles du disponible entre époux..... 218
Section I. — Sens exact de l'article 1099 alinéa 2.. 222
Section II. — Portée d'application de l'article 1099 alinéa 2..... 231

Section III. — Article 1100 et présomptions d'interposition de personnes qu'il édicte..... 235
1re classe..... 236
2me Classe..... 237

DEUXIÈME PARTIE

Du concours et de la combinaison de la quotité disponible entre époux avec la quotité disponible ordinaire..... 241

CHAPITRE I

Concours du disponible de l'article 1094 avec celui du droit commun..... 244
Section I. — Le disponible entre époux est inférieur au disponible ordinaire..... 246
Section II. — Il est supérieur..... 250
§ 1. — La disposition en faveur de l'époux est postérieure à celle au profit de l'étranger..... 251
§ 2. — Concomitante..... 257
§ 3. — Antérieure..... 262
Section III. — Du cas où le disposant laisse deux enfants..... 284

CHAPITRE II

Concours du disponible de l'article 1098 avec celui du droit commun..... 288

CHAPITRE III

Concours de deux disponibles spéciaux (article 1094-1098)..... 294

CHAPITRE IV

De la réduction lorsque l'époux donateur a disposé à la fois au profit de son conjoint et en faveur d'un étranger..... 298
Positions..... 313